

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

ANDRÉ AUGUSTO SAK

O DANO MORAL E O TJDFT:

**as funções da condenação e os critérios para a fixação do *quantum
debeatur***

BRASÍLIA

2012

ANDRÉ AUGUSTO SAK

O DANO MORAL E O TJDFT:

as funções da condenação e os critérios para a fixação do *quantum debeat*

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito para
obtenção do grau de bacharel em Direito
no Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Luís Antônio Winckler
Annes

BRASÍLIA

2012

À Ana Paula:

Cúmplice essencial

À minha família:

Apoiadora incondicional

Aos meus colegas Antonio e Igor:

Companheiros inseparáveis de jornada

Aos brasilienses, que me acolheram:

“nesse país lugar melhor não há”

RESUMO

A valoração do dano moral é questão controversa, em especial no que se refere aos seguintes aspectos: finalidades da condenação e critérios para o estabelecimento do *quantum debeatur*. O presente trabalho analisa esses dois aspectos a partir de acórdãos provenientes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF. Foram feitas ainda considerações teóricas acerca do dano *lato sensu* e do dano moral, com especial destaque na fase moderna da teoria da responsabilidade civil. A vinculação entre os critérios escolhidos e a fixação dos valores bem como a motivação presente nas decisões para a escolha de tais critérios foram objeto de especial análise nesse trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: direito civil, responsabilidade civil, danos, danos morais, finalidades, critérios, *quantum debeatur*, TJDF, acórdãos.

ABSTRACT

The monetary valuation of pain and suffering is a controversial issue, especially with regard to the following aspects: the purposes of this type of conviction, and the criteria for establishing the *quantum debeatur*. This work explores how these two aspects were used in the decisions by the Court of Justice of the Federal District and Territories located in Brazil. Some observations about the modern theory of liability were made considering the concepts of damage itself and the damages from pain and suffering. Subjected to special analysis in this work were also the links between the chosen criteria and the monetary valuation as well as the motivation found in the decisions concerning the choice of such criteria.

KEY-WORDS: civil law, liability, damages, pain and suffering, purposes, criteria, *quantum debeatur*, TJDFT, decisions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O DANO	9
1.1 Conceitos	9
1.2 Evolução.....	13
1.3 O dano Moral.....	19
1.3.1 <i>Evolução e embates doutrinários</i>	19
1.3.2 <i>Conceitos</i>	25
1.3.3 <i>O dano moral como violação à dignidade humana</i>	31
2 AS FINALIDADES DA SATISFAÇÃO DO DANO MORAL E OS CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR.....	37
2.1 As finalidades	37
2.2 Os critérios	42
2.2.1 <i>A extensão e a gravidade do dano</i>	43
2.2.2 <i>O grau de culpa do ofensor</i>	45
2.2.3 <i>A condição socioeconômica das partes</i>	48
2.2.4 <i>A intensidade da dor sofrida</i>	51
3 ANÁLISE DOS DADOS.....	53
3.1 Metodologia para a pesquisa	53
3.2 Avaliação dos dados	55
3.2.1 <i>As finalidades expressas para a condenação por danos morais</i>	56
3.2.2 <i>Os critérios expressos para a definição do quantum debeatur</i>	62
3.2.3 <i>Análise de acórdão</i>	68
CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS	75
ANEXO.....	82

INTRODUÇÃO

Entre as modalidades existentes para a reparação do dano moral, a doutrina cita a natural e a pecuniária. Contudo, é cediço que a jurisprudência tem conferido à reparação pecuniária prevalência quase que absoluta. Com vistas à definição de um valor indenizatório os julgadores lançam mão, em suas decisões, de critérios a serem sopesados. Tais critérios pretendem ainda levar em consideração as finalidades da condenação por danos morais, sendo as mais comumente citadas a reparatória e a punitiva.

O presente trabalho empreendeu uma análise de como ocorre a ponderação desses critérios e finalidades e qual a sua influência na fixação do *quantum debeatur*. O estudo examinou acórdãos provenientes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, especificamente de sua Quinta Turma Cível, aleatoriamente selecionada. Definiu-se, para tanto, um *corpus* baseado nos elementos temporal e temático. No primeiro caso limitou-se a pesquisa aos acórdãos julgados no quarto trimestre de 2011 e, no segundo, à temática do dano moral, segundo termos pesquisados nas ementas dos julgados.

Muito se discorre acerca do dano moral. Para se verificar isso, basta uma rápida busca em bibliotecas que contenham alas jurídicas. Tal provavelmente se deve à inexistência de pacificação doutrinária e jurisprudencial acerca de diversos aspectos do tema. Entre as questões controversas destaca-se a fixação do *quantum debeatur*. Nesse caso, a ausência de regulamentação objetiva (seja ela proposital ou não) confere ao juiz o poder de estabelecer critérios cuja aplicação dependeria, em tese, de cuidadosa análise do caso concreto. Apesar do limitado recorte, o presente trabalho busca ser relevante ao tentar responder a seguinte pergunta: como a atual jurisprudência tem chegado ao valor do dano moral?

O caminho a uma possível resposta para este questionamento se iniciou com uma tentativa de compreensão do conceito e da evolução do dano. Destaca-se nesse item a conclusão de que a tipificação do que seja ou não dano depende mais de decisões ideológicas do que de deduções lógicas. No que se refere à evolução do conceito, fez-se menção ao importante trabalho do professor Anderson Schreiber,

que trata do processo de desgaste dos chamados filtros da reparação na responsabilidade civil. Dentre os filtros corroídos encontra-se justamente o relacionado à comprovação do dano, de forma que hoje se pode ser obrigado a reparar com a mera demonstração em abstrato do dano.

A seguir fez-se um breve relato do longo caminho percorrido pelo dano moral: da imoralidade à obrigatoriedade de sua reparação. Destaca-se aí o comando constitucional que, no inciso X do artigo 5º, inscreve de forma singela o direito à devida reparação por danos causados a bens despidos de materialidade, mas que inegavelmente compõem o patrimônio pessoal de todo ser humano. Para encerrar o primeiro capítulo descreveu-se a evolução do conceito de dano moral: das definições clássicas às considerações mais modernas. Neste ponto, destacaram-se duas questões: 1) não se deve confundir o dano moral com a dor ou o sofrimento, pois que estes são meras consequências do primeiro; 2) uma visão satisfatória é considerar o dano moral como violação à dignidade humana, buscando-se, todavia, escapar da malfadada generalidade com que se aborda esse tema, com especial apoio nas considerações da professora Maria Celina Bodin.

O segundo capítulo tratou inicialmente das finalidades da condenação por danos morais. Duas delas se destacam: a reparatória e a punitiva. No primeiro caso, objetiva-se compensar o ofendido pelo dano sofrido, no segundo, quer-se garantir que o ofensor aprenda uma lição, desestimulando-o a incorrer em nova falta. Como se verá, a finalidade punitiva pouco ou nada lembra os *punitive damages* da *common law*, apesar de alguns autores advogarem a possibilidade de o direito brasileiro abarcar esse instituto.

Logo em seguida, fez-se breve análise dos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência para a definição do *quantum debeatur*. Destaca-se aqui o poder que o julgador tem para escolher quais critérios considera mais bem aplicáveis ao caso concreto. Apesar da multiplicidade de critérios adotados, foram selecionados alguns dentre os mais utilizados: a extensão e a gravidade do dano; o grau de culpa do ofensor; a condição socioeconômica das partes; e a intensidades da dor sofrida. Em cada um desses subtópicos buscou-se cotejar esses critérios com o estado da arte da teoria da responsabilidade civil.

O último capítulo, que trata da análise dos dados, foi inaugurado com breves comentários a respeito da metodologia para a pesquisa. Ao final, os dados foram

organizados e representados por meio de gráficos para, assim, deles se extrair significado. A partir dos dados colhidos foi possível estabelecer, em especial, a relação entre os critérios adotados pelo magistrado e o valor estabelecido. Ademais, cuidou-se de empreender análise relativa à motivação na escolha dos citados critérios, desde que presente nos julgados.

Dessa feita, espera-se que o presente trabalho possa contribuir para o debate acerca do tema, tão em voga nas cortes brasileiras.

1 O DANO

1.1 Conceitos

São pressupostos da responsabilidade civil: a conduta culposa do agente, o dano e o nexo causal entre eles. No entanto, essa visão clássica da teoria da responsabilidade civil parece ter no dano o seu pressuposto maior. Para Sérgio Cavalieri Filho, o “dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil”.¹ Explica esse autor que é inócua a tentativa de se obter qualquer tipo de indenização ou ressarcimento sem que se comprove a existência de um dano.² A queda de um vaso do décimo segundo andar de um edifício que não atinge uma pessoa ou um bem, limitando-se a esvaçar no chão, não ensejará reparação, porque, em princípio, ausente o dano a terceiros. Daqui, segundo Cavalieri Filho, é possível chegar-se a uma conclusão lógica:

“a de que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano. Sem dano pode haver responsabilidade penal, mas não há responsabilidade civil.”³

Semelhantemente, Carlos Alberto Bittar considera que a responsabilidade civil “depende, em concreto, da existência de dano, oriundo de ação ou de omissão do lesante como sua causa.”⁴ Assevera o autor que a busca pela justiça, por meio da compensação ou recomposição de determinado patrimônio, só será frutífera se comprovada a realidade de um dano pré-existente.⁵

Uníssono, José de Aguiar Dias tem que o “dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia”⁶, porque

¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95.

² *idem*.

³ *ibidem*, p. 96.

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 17.

⁵ *idem*.

⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. rev., at. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 969.

“resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar.”⁷

Apesar de assemelhadas as definições dadas para dano, alguns autores revelam a existência de ao menos duas teorias a guiarem a questão. Nelson Dirceu Fensterseifer entende que “do ponto de vista epistemológico, as teorias da *diferença* e do *interesse* tem (sic) sido o arcabouço da construção axiológica da conceituação de *dano*.”⁸ (destaque no original)

Maria Celina Bodin de Moraes aponta que a definição tradicional de dano está ligada à teoria da diferença, segundo a qual, sob uma perspectiva puramente matemática, o dano é justamente a diferença entre o que se tinha e o que restou após o evento lesivo.⁹ Para Ronaldo Alves de Andrade essa perspectiva inicial “trazia a falsa idéia de que dano só correspondia a prejuízo de ordem exclusivamente material, vale dizer, a lesão aos bens materiais de uma pessoa.”¹⁰

Aguiar Dias revela que Francesco Cernelutti, ao apontar a insuficiência da tese da teoria da diferença, definiu o dano como lesão de interesse, estendendo sobremaneira a abrangência do conceito, ressaltando, todavia, que nem toda lesão de interesse seria protegida pelo direito, mas somente o dano antijurídico, passível de reparação segundo o ordenamento jurídico.¹¹ Daí por que, para a teoria do interesse, o “dano constitui lesão a interesses juridicamente protegidos que podem ser individuais, coletivos ou difusos.”¹² Por fim, considera Aguiar Dias que a definição mais adequada de dano é a de Hans Albrecht Fischer, que se atém às duas acepções da palavra:

“a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta;”

“b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de

⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. rev., at. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 969.

⁸ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 83.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 143.

¹⁰ ANDRADE, Ronaldo Alves. *Dano moral e sua valoração*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1.

¹¹ CERNELUTTI, Francesco *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. rev., at. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 971.

¹² FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu, *op. cit.*, p. 82.

indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio.”¹³

Grande parte das demais definições consagradas, ao serem desconstruídas, demonstrarão, como disse Fensterseifer, elementos tanto da teoria da diferença, como da do interesse. Sérgio Cavalieri Filho, Carlos Alberto Bittar e Nehemias Domingos de Melo assim conceituam dano, respectivamente:

“[...] a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.”¹⁴

“[...] qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais.”¹⁵

“[...] a agressão ou violação de qualquer direito, material ou imaterial, que, provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva) ou em razão da atividade desenvolvida (responsabilidade objetiva), cause a outrem, independente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo afetivo.”¹⁶

Se o dano é, de um lado, o pressuposto, a satisfação é, de outro, o objetivo da teoria da responsabilidade civil.¹⁷ Segundo bem destaca Bittar, há muito tempo as exigências da vida em sociedade impõem que determinados consequências de comportamentos humanos tidos como lesivos tenham de ser reparadas.¹⁸ Outra não podia ser a consequência de eventual desrespeito ao antigo princípio *neminem laedere* (não lesar outrem), do jurista romano Ulpiano.¹⁹

Em sendo assim, quando se estuda o dano, deve-se concentrar naquelas ações ou omissões, sejam elas lícitas ou ilícitas, que, sendo relevantes para o

¹³ FISCHER, Hans Albrecht *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. rev., at. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 971 - 972.

¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 96.

¹⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 17.

¹⁶ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral. Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2 ed. rev., at. e aum. São Paulo: Atlas, 2011, p. 55.

¹⁷ BITTAR, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸ *ibidem*, p. 13.

¹⁹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 191.

direito, possam criar a obrigação de indenizar. Em suma, trata-se de um “direito juridicamente protegido por uma sanção”.²⁰

Fensterseifer traz à baila o artigo 402 do Código Civil de 2002, segundo o qual: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”²¹ (grifo do autor). Isso seria uma indicação de que o legislador pátrio determinou que, em caso de dano, a indenização, quando cabível, seja a mais ampla possível. Não só os prejuízos sofridos no presente como os no futuro devem ser repostos, desde que originários do mesmo evento ou ato.²² Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, destaca o artigo 186 do mesmo Código Civil que dispõe acerca do dever bastante amplo de não lesar, em que há, segundo o autor, uma correspondência direta com o dever de indenizar sempre que esse dever for desrespeitado de forma injusta.²³

No entanto, se o conceito de dano parece ter se assentado, a determinação de quais danos são ou não indenizáveis ou reparáveis tem sido objeto de grandes discussões.

Maria Celina Bodin, ao citar Stefano Rodotà, argumenta que, de maneira oposta ao que crê o senso comum, a função da responsabilidade civil é determinar, conforme critérios convenientes para determinado momento, em que casos um dano deverá ser suportado pelo ofensor e, em outros, pela vítima.²⁴ Para ilustrar essa tese, a autora cita dois exemplos. O primeiro diz respeito aos direitos do consumidor. Até o final da década de 1980, os riscos de eventuais danos deveriam ser todos suportados pela vítima, o consumidor. Em uma decisão *eminentemente política*, o constituinte de 1988 garantiu que o Estado promoveria, na forma da lei, a defesa e a proteção do consumidor.²⁵ Tal lei foi aprovada quase dois anos depois²⁶ e, a partir

²⁰ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 78.

²¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 21 abr. 2012.

²² FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu, *op. cit.*, pp. 82 - 83.

²³ THEODORO JR, Humberto. *Dano Moral*. 7 ed. at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey e Juarez de Oliveira, 2010, p. 2.

²⁴ RODOTÀ, Stefano *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, pp. 20 - 21.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, artigo 5º, inciso XXXII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2012.

daquele momento, o dano e o risco passaram a ser de responsabilidade do produtor, fornecedor, prestador de serviço, dentre outras personagens responsáveis pela circulação de mercadorias e serviços. Foram criadas várias normas de responsabilidade objetiva de forma a garantir a proteção à parte notadamente hipossuficiente nesses tipos de relações.²⁷

O segundo exemplo se refere à responsabilidade civil do Estado que, em menos de um século, migrou da total irresponsabilidade (Constituição de 1891) à responsabilidade total²⁸, prevista no parágrafo 6º, artigo 37 da Constituição Federal de 1988:

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Arremata a autora, quanto ao assunto, ao afirmar que:

“A disciplina da responsabilidade civil, portanto, deve muito mais a escolhas político-filosóficas do que a evidências lógico-rationais, decorrentes da natureza das coisas. A propósito, observou-se que somente será possível dizer que um sujeito causou um dano depois de ter havido a decisão de responsabilizá-lo. [...] De fato, o dano, em si e por si, não é nem ressarcível nem irressarcível (nem ‘justo’, nem ‘injusto’). A decisão – ética, política e filosófica, antes de jurídica – deverá ser tomada pela sociedade em que se dá o evento.”²⁹

A verossimilhança das afirmações da destacada autora poderá ainda ser verificada no tópico a seguir, que trata da evolução do conceito e da caracterização do dano e das respectivas implicações na práxis jurisprudencial.

1.2 Evolução

As recentes alterações sociais, premidas em grande parte pela evolução da tecnologia e pelas modificações no meio ambiente promovidas pelos seres

²⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 21 mai. 2012.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, pp. 20 - 21.

²⁸ *idem*.

²⁹ *idem*.

humanos, aumentaram os riscos da vida em sociedade.³⁰ O professor Anderson Schreiber expressa de outra forma essa mesma constatação:

“a evolução tecnológica assegurou aos particulares um potencial danoso que, antes só se vislumbrava no Estado. Danos de abrangência significativa que somente podiam ser produzidos pela máquina pública derivam, cada vez mais, da atuação empresarial e também do comportamento adotado por indivíduos comuns.”³¹

A preocupação com o destino das gerações vindouras e com o progresso social resultou em importantes alterações normativas, conceituais e jurisprudenciais acerca da temática da responsabilidade civil.

Para o professor Pablo Malheiros, as alterações normativas se deram no campo da linguagem de forma que se passou a utilizar indeterminações conceituais para definir a responsabilização civil em contrapartida à discriminação *numerus clausus* dos casos de aplicação do instituto:

“A legislação e a Constituição iniciam um processo de mudança da linguagem normativa, tendo em vista a aposição nos textos de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, ambos preenchidos no caso particular pelos princípios interpretados e aplicados de forma individuada.”³²

Pode-se dizer que essa generalidade possibilitou maior discricionariedade aos juízes na análise do caso concreto para fazer valer as prometidas proteções constitucionais e legais. De outra forma, ficariam os magistrados tolhidos à aplicação literal ou análoga das normas.

Outra alteração, desta feita conceitual, também apontada pelo professor Malheiros, foi a de que a tendência de proteção integral levou o direito a preocupar-se mais em tutelar a vítima do que em punir o responsável pelo dano. Assim, ampliaram-se as espécies de danos reparáveis e minguou-se o papel moralizador da responsabilidade civil.³³ O autor em questão observa que a ordem de importância foi alterada da figura do ofensor para a do ofendido e da culpa daquele para a definição do valor reparatório.³⁴ Outrossim, Anderson Schreiber destaca esse evento ao afirmar que “a lesão ao interesse da vítima – o dano – passa a figurar,

³⁰ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 158.

³¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 3.

³² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha, *op. cit.*, *loc. cit.*

³³ *idem*.

³⁴ *idem*.

independentemente da conduta do ofensor, como objeto da preocupação judicial e como elemento primordial da responsabilidade civil.”³⁵ Como bem destacou Bittar, foi em especial em razão de influente colaboração humanista, que passou-se a buscar com mais consistência a indenização dos danos causados ao patrimônio do ofendido ou, quando for o caso, a reparação pelos sofrimentos da alma.³⁶

A análise das alterações jurisprudenciais no que se refere ao estudo da responsabilidade civil e, conseqüentemente, ao dano, foi percutientemente promovida por Anderson Schreiber em seu livro, “Novos paradigmas da responsabilidade civil”, em que aborda o fenômeno que ele denomina de erosão dos filtros da reparação e a diluição dos danos.

Explica o professor Schreiber que os três pilares da responsabilidade civil (dano, culpa e nexa causal), impunham à suposta vítima de um dano ao menos dois obstáculos, além da demonstração do prejuízo, para que percebesse indenização ou reparação: a-) comprovação da culpa do causador do dano; e b-) demonstração da existência de um liame entre o comportamento do ofensor e o dano, que seria o nexa de causalidade. Esses obstáculos eram conhecidos como “filtros da responsabilidade civil” ou da reparação, justamente porque promoviam uma forma de selecionar quais demandas faziam jus ou não à tutela jurisdicional.³⁷ Mirna Ciani sintetiza essa posição clássica ao afirmar que “a exigência da prova do fato, do nexa de causalidade e da culpa, em se tratando de ato ilícito ou da anormalidade e especialidade, em caso de ato lícito, são os requisitos mínimos à persecução da reparação moral.”³⁸

O primeiro filtro a ser vergastado, segundo Schreiber, foi o da culpa.³⁹ Antes um estágio extremamente árduo de ser ultrapassado pelo demandante, o elemento da culpa pode ser hoje facilmente superado.⁴⁰ Destaca-se, em especial, a aplicação cada vez mais elástica da responsabilidade objetiva. O julgado abaixo, proveniente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, revela quão

³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 182.

³⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 21.

³⁷ SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p. 11.

³⁸ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3ª ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 72.

³⁹ SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁰ *ibidem*, p. 5.

incontestável é a responsabilização das instituições financeiras no caso de eventuais fraudes de terceiros que causam danos a seus clientes:

“Em verdade, a responsabilidade pelos serviços prestados pelas instituições financeiras é objetiva (risco integral), ou seja, independe de culpa, conforme estatuído no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.”

“Segundo o ilustre doutrinador Rizzato Nunes[1]: ‘O risco do prestador de serviço é mesmo integral, tanto que a lei não prevê como excludente do dever de indenizar o caso fortuito e a força maior’. ‘O que acontece é que o CDC, dando continuidade, de forma coerente, à normatização do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, preferiu que toda a carga econômica advinda de defeito recaísse sobre o prestador de serviço’. ‘Na verdade o fundamento dessa ampla responsabilização é, em primeiro lugar, o princípio garantido na Carta Magna da liberdade de empreendimento, que acarreta direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco assumido’.”

“Com base na Teoria do Risco da Atividade Negocial, infere-se que cabe aos estabelecimentos bancários responderem de forma objetiva, pelos danos decorrentes de defeitos na prestação de seus serviços, que acarretou na utilização fraudulenta de talonário de cheques.”⁴¹ (grifos do autor)

No caso em tela, a utilização fraudulenta de talonário de cheques por terceiros desconhecidos ensejou a reparação de danos patrimoniais e morais do cliente de determinada instituição financeira. À empresa pertencem o risco e a responsabilidade, que só seria elidida se comprovada culpa exclusiva do consumidor.

Para além da flexibilização da culpa, Schreiber relata que esse elemento “conserva um papel meramente coadjuvante, sendo presumida ou aferida de modo facilitado, muito ao contrário do que ocorria um par de séculos atrás, quando se apresentava como a grande estrela da responsabilidade civil.”⁴²

O segundo filtro de que se desvencilharam as demandas por reparação foi aquele relativo ao nexo de causalidade. Conforme relata Schreiber, muitos juízes não revestiram o nexo causal com a mesma rigidez conferida, um dia, à culpa,⁴³ de forma que, de maneira geral, promoveu-se uma maior efetividade de reparação às

⁴¹ BRASIL. TJDFT. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 551.368, 20090111821485APC. Relator Des. João Egmont, julgado em 23 nov. 2011, DJ 30 nov. 2011 p. 189.

⁴² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 5.

⁴³ *idem*.

vítimas de danos,⁴⁴ por meio do que se passou a chamar de “causação jurídica”, conforme lição de Henrique Herkenhoff, trazida a baila pelo professor Pablo Malheiros. A causação jurídica, como resultado direto da flexibilização do nexo de causalidade, repele a averiguação de uma causa e um efeito, bastando que se verifique um “vínculo jurídico com o dano, com o evento danoso ou com o prejudicado”.⁴⁵

Pode-se exemplificar a causação jurídica por meio do aresto colacionado acima, em que se verifica, em princípio, menos uma relação de causa e efeito entre o dano sofrido pelo cliente e algum comportamento da instituição financeira e mais um mero vínculo jurídico com o dano ou com o ofendido. Ainda assim, a responsabilidade recai integralmente sobre a instituição financeira.

Por fim, também o filtro da comprovação do dano restou vencido. Conforme aponta Schreiber, muitos tribunais e juízes passaram a reconhecer a existência do dano apenas em abstrato “contentando-se com a identificação de uma norma a que se possa remeter, ainda que genericamente, a tutela do interesse lesado.”⁴⁶ Exemplo bastante ilustrativo dessa situação pode ser aferido na atual concepção do que seja dano moral e de sua efetiva comprovação, conforme demonstra o julgado a seguir, também proveniente do TJDF:

“Alimenta inexistir comprovação do dano moral e, por via de consequência, mácula à honra e imagem do autor.”

“Olvida-se ser desnecessária a prova do prejuízo, pois o simples fato de haver protesto indevido, volvendo pública uma dívida inexistente, resulta em nítida ofensa a imagem e reputação da empresa.”

“Cuida-se, assim, de dano *in re ipsa*, comprovado pelo simples ato de inscrição indevida no SERASA, advindo de protesto indevido.”⁴⁷
(grifos do autor)

Esclarece ainda o professor Cavalieri Filho que o dano moral advém “inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74.

⁴⁵ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto *apud* FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 159.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson, *op. cit.*, p 6.

⁴⁷ BRASIL. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 544.426, 20101210012294APC. Relator Des. João Egmont, julgado em 21 out. 2011, DJ 03 nov. 2011 p. 153.

presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.”⁴⁸ A prova do existência do dano moral foi comumente utilizada pelos proponentes da teoria negativista, que arguia pela impossibilidade de reparação do dano moral.⁴⁹

De outra parte, houve considerável ampliação na relação dos danos reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência como passíveis de ressarcimento. Cabe aqui mencionar alguns exemplos de novos danos trazidos por Maria Celina Bodin e Anderson Schreiber: quebra imotivada de compromisso às vésperas do casamento, à vida sexual, ao nascimento indesejado, férias arruinadas, *mobbing* (causado pelas massas), ao processo lento, dentre outros.^{50 e 51}

A despeito das críticas que a aparente desconsideração pelos pressupostos clássicos da responsabilidade civil possa levantar, a tese de Anderson Schreiber é a de que se está diante de um fenômeno anunciado e aparentemente irreversível denominado de solidarização da responsabilidade civil. Com propriedade, sustenta o autor:

“No afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova da culpa e do nexo causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A *erosão dos filtros da reparação* corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juízes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas a uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade.”⁵² (destaque no original)

No entanto, essa pretensa revolução, em especial no que tange aos danos morais, parece encontrar obstáculos que lhe tolhem a efetividade conclamada. Por meio da análise de acórdãos do TJDF que serviram de *corpus* para esse trabalho foi possível verificar que há enorme descompasso entre o que se considera como natureza jurídica da compensação do dano moral e a efetiva compensação.

⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 108.

⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, pp. 165 - 174.

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 4.

⁵² *ibidem*, p. 7.

Tecidas algumas básicas considerações acerca do dano, voltadas tanto para a responsabilidade civil clássica como para as novas questões que atingem essa disciplina, cabe agora aprofundar a discussão no que se refere ao dano moral.

1.3 O dano Moral

1.3.1 *Evolução e embates doutrinários*

Noticia Fensterseifer que, até atingir o recente *status* de norma constitucional, a reparação em razão do dano moral evoluiu lenta e gradativamente conforme é possível comprovar pelos mais diversos e históricos diplomas legais da humanidade.⁵³

O Código de Hamurábi, proveniente da Babilônia e datado do século XVIII antes de Cristo, trazia a previsão de que ante um caso de injúria ou difamação contra uma sacerdotisa ou mulher casada, o ofensor seria levado a um juiz e teria metade de sua cabeça raspada. Para Clayton Reis o Código de Hamurábi positivava uma ordem social fundamentada em determinados direitos individuais em consonância com a autoridade das divindades babilônicas e do respectivo Estado de forma que emergia a conhecida máxima “olho por olho, dente por dente”, que expressa a Lei de Talião.⁵⁴ Naquele contexto, o que importava era uma rigorosa reciprocidade entre o dano cometido e a pena, isto é, determinada lesão era reparada por outra lesão.⁵⁵

O Código de Manu, proveniente da mitologia hindu, também previa a reparação em razão de danos. A diferença básica para com o Código de Hamurábi é que aqui a reparação se dava em pecúnia, às expensas do ofensor segundo valor

⁵³ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 100.

⁵⁴ REIS, Clayton. *Dano moral*. 5ª ed. at. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 23.

⁵⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 190.

determinado pelo legislador, sem a perpetração de violência física como permitia o Código Babilônico.⁵⁶

A Lei das XII Tábuas, ou o *lex duodecim tabularum*, compilação de leis elaborada por proposta de um plebeu Romano chamado de Terentilo Arsa, estabelecia expressamente que quem desse causa a algum dano deveria repará-lo prontamente.⁵⁷ A chamada causa pretoriana ou *actio injuriarum aestimatoria* estava prevista nessa compilação e era comumente utilizada pelos Romanos no caso de injúria, devendo a indenização ser paga em dinheiro.⁵⁸

A Toráh, no Livro de Deuteronômio, capítulo 22, versículos 13 a 19, previa indenização a ser paga ao pai de determinada moça no caso de calúnia contra esta, mais especificamente no caso de o marido contestar-lhe indevidamente a virgindade pré-nupcial.⁵⁹

O Corão, também inspirado pelo Código de Hamurábi,⁶⁰ previa determinada indenização no caso de adultério.⁶¹

Na Grécia e Roma primitivas, há relatos de casos em que foram pagas indenizações possivelmente provenientes de danos morais como na estória em que Mídias paga a Demóstenes determinada quantia em dinheiro em razão de um tapa que aquele lhe desferiu.⁶² Foi ainda o jurista romano Ulpiano que sintetizou os conhecidos preceitos do direito: *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que lhe pertence), *neminem laedere* (não lesar outrem) e *honeste vivere* (viver honestamente).⁶³

A *lex aquilia*, datada do século III antes de Cristo, tratou diretamente sobre responsabilidade civil, garantindo a indenização inclusive para danos não-corporais. Conforme noticia Fensterseifer, foram estabelecidas duas importantes normas sobre o dano: na hipótese de causar a morte de um homem ou de um animal o ofensor era

⁵⁶ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 190.

⁵⁷ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 101.

⁵⁸ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha, *op. cit.*, p. 191.

⁵⁹ *ibidem*, pp. 190 - 191.

⁶⁰ *ibidem*, p. 190.

⁶¹ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶² *idem*.

⁶³ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha, *op. cit.*, *loc. cit.*

obrigado a prestar reparação; e ante qualquer dano o ofensor deveria arcar com o maior preço do bem lesado.⁶⁴

O Direito Canônico, segundo destaca Pablo Malheiros Frota, já distinguia a natureza jurídica do dano material e moral e deu sua contribuição ao prever a possibilidade de reparação no caso de quebra de promessa de casamento e também em razão de danos provenientes de injúrias e calúnias.⁶⁵

Houve ainda vários outros diplomas normativos que contribuíram à sua época para a atual compreensão da total reparabilidade dos danos morais e que influenciaram sobremaneira a legislação brasileira. Pode-se exemplificar: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789; Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; Constituição da Itália, de 1948; Lei Fundamental de Bonn, de 1949; Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791, dentre outros.⁶⁶

No Brasil, antes do Código Civil de 1916, poucos foram os dispositivos legais que trataram da possibilidade de reparação por danos não patrimoniais. Pode-se mencionar dois exemplos:

- a Consolidação das Leis Civis elaborada por Augusto Teixeira de Freitas e publicada em 1857. Os artigos 800 e 801 revelam, segundo alguns estudiosos, a existência embrionária da total reparabilidade dos danos:

“Artigo 800 – A indenização será sempre a mais completa possível; no caso de dúvida, será a favor do ofendido.”

“Artigo 801 – Para este fim o mal, que resultar à pessoa e aos bens do ofendido será avaliado por árbitros, em todas as partes e consequências.”⁶⁷

- a Nova Consolidação das Leis Civis organizada por Carlos de Carvalho, datada de 1899 deu o mesmo tratamento à questão.⁶⁸

Se a tese em voga era a da reparabilidade mais ampla possível, então por certo estariam incluídas aí eventuais indenizações em razão de danos sem cunho

⁶⁴ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 101.

⁶⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 191.

⁶⁶ *ibidem*, p. 192.

⁶⁷ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁸ *ibidem*, pp. 102 - 103.

econômico. Todavia, apesar de ser possível, esse tipo de indenização só passou a ser seriamente discutida a partir do Código Civil de 1916.⁶⁹

O Código Beviláqua trouxe, em seu artigo 76, o seguinte dispositivo:

“Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.”

“Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.”⁷⁰

Para Fensterseifer “se o interesse moral justifica a propositura de uma ação para restaurar ou defender determinado direito, é insofismável que esse direito também seja indenizável.”⁷¹

Outros dispositivos do Código Civil de 1916 autorizavam a reparação por danos morais, como no caso do luto familiar em razão de homicídio (art. 1.537) e de ofensa física a mulher ainda em idade para casar (art. 1.538, § 2º). Portanto, tais indenizações poderiam se dar tanto em benefício do próprio ofendido quanto de outros legitimados.⁷²

“Art. 1.537. A indenização, no caso de homicídio, consiste:”

“I. No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.”

“II. Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.”

“Art. 1.538. No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, indenizará o ofensor ao ofendido as despesas do tratamento e os lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.”

“§ 1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.”

“§ 2º Se o ofendido, aleijão ou deformado, for mulher solteira ou viúva ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito.”⁷³ (grifos do autor)

Humberto Theodoro Júnior confere maior destaque ao artigo 159, do Código Civil de 1916, que, ao refletir a responsabilidade civil aquiliana, estaria em seu texto

⁶⁹ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 103.

⁷⁰ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 21 mai. 2012.

⁷¹ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷² *ibidem*, pp. 103 - 104.

⁷³ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 21 mai. 2012.

abrangendo tanto a responsabilidade material quanto a moral⁷⁴: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Carlos Alberto Bittar destaca que, em um primeiro momento, predominou na jurisprudência pátria a tese da irreparabilidade dos danos morais.⁷⁵ Esse autor destaca as seguintes razões para tal comportamento:

“a) inexistência de preço para a dor; b) contrariedade à Moral de atribuição de valor pecuniário para a dor, a honra, ou outro elemento desse porte; c) impossibilidade de sistematização dos diferentes reflexos negativos provocados, em concreto, nas pessoas; d) impossibilidade de mensuração prática desses reflexos; e) impossibilidade de prova de danos morais; e f) arbitrariedade do juiz na fixação de eventual valor da reparação.”⁷⁶

Superado esse momento, passou-se a admitir na jurisprudência pátria a reparabilidade de danos morais de maneira reflexa, isto é, haveria de existir, cumulativamente, um prejuízo patrimonial negativo para o ofendido, de forma a justificar a condenação em danos morais.⁷⁷

Cavaliere Filho destaca ainda outra fase, a da inacumulabilidade do dano moral e material, isto é, admitia-se a reparação de danos morais, desde que de maneira autônoma, ao argumento de que se houvesse danos materiais estes englobariam aqueles. Tal posicionamento restou vencido doutrinariamente e, após certo tempo, jurisprudencialmente, por meio de reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal (Recursos Extraordinários 83.296, 89.558, 95.103 e 100.297).⁷⁸

Certos embates jurisprudenciais foram determinantes para se chegar ao atual estado de compreensão. Para Bittar, o ponto crítico encontrado pela jurisprudência foi a problemática da reparabilidade de dano moral oriundo da morte de filho menor que não contribuía para o sustento da família, cujos óbices foram progressivamente vencidos. Desfere o autor:

“Esvaziada a noção de reflexo patrimonial, com abandono dos argumentos referentes a filho alimentário, ou a pessoa de potencial

⁷⁴ THEODORO JR, Humberto. *Dano Moral*. 7 ed. at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey e Juarez de Oliveira, 2010, p. 5.

⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

⁷⁶ *ibidem*, pp. 82 - 83.

⁷⁷ *ibidem*, p. 88.

⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 103-104.

produtivo, completou-se o ciclo evolutivo, entre nós, da teoria da reparabilidade plena, com reconhecimento em hipóteses outras de danos, como em relações familiares, em violações de direitos autorais e a direito de personalidade no comércio jurídico.”⁷⁹

Argumentando semelhantemente, Humberto Theodoro Júnior relata que foi somente depois da “descoberta dos direitos de personalidade” que a ampla e completa reparabilidade dos danos extrapatrimoniais assumiu posição destacada.⁸⁰

Fensterseifer assim resume os três vieses argumentativos:⁸¹

- os negativistas: o dano moral, porque se trata de dor e sofrimento, não pode ser reparado, pois eventual indenização jamais seria capaz de refletir o dano causado;

- os ecléticos: a reparação do dano moral só poderá ocorrer em casos em que claramente reflita sobre o patrimônio material do ofendido;

- os positivistas: a reparação do dano moral não pretende pagar o sofrimento ou a dor, mas sim oportunizar ao ofendido meios capazes de aliviar a penosidade que o atinge.

Mais à frente, aos constituintes de 1988, embebidos em um contexto pós-ditadura militar, coube a tarefa de conferir *status* constitucional à indenização por danos morais, ampliando sobremaneira as hipóteses de sua incidência dado o caráter genérico com que foi prevista, conforme se depreende dos incisos V e X de seu artigo 5º:

“V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Para Fensterseifer essa proteção expressa advém também de determinada noção moderna que objetivava infundir duas ideias básicas ao Direito Constitucional:

⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 92.

⁸⁰ THEODORO JR, Humberto. *Dano Moral*. 7 ed. at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey e Juarez de Oliveira, 2010, p. 5.

⁸¹ FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, pp. 105 - 106.

“a) ordenar, fundar e limitar o poder político e b) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo.”⁸²

Como não podia ser diferente, o atual Código Civil, em seus artigos 186 e 927, refere-se expressamente à possibilidade de reparação por danos morais:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

“Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Para Humberto Theodoro Júnior, portanto:

“[...] está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que cause um mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão.”⁸³

Superada a etapa de reconhecimento dessa possibilidade, surgiram outros problemas técnicos daí decorrentes, como, por exemplo, os reais objetivos para a condenação por danos morais e os critérios utilizados para a definição do *quantum debeatur*, que serão tratados mais a frente nesse trabalho. Cabe, antes disso, tratar dos diferentes conceitos conferidos ao dano moral.

1.3.2 Conceitos

Conforme já se comentou no item anterior, não mais pode ser comportada a discussão acerca da indenizabilidade ou não do dano moral, nem tão pouco elucubrações a respeito de sua cumulatividade ou não com o dano material. Essas questões há muito se encontram superadas. Segundo bem destaca Cavalieri Filho,

⁸² FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008, p. 104.

⁸³ THEODORO JR, Humberto. *Dano Moral*. 7 ed. at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey e Juarez de Oliveira, 2010, p. 6.

importa hoje saber o que se entende por dano moral, já que, a depender da perspectiva adotada, alguns danos poderão ou não ser considerados reparáveis.⁸⁴

Nesse aspecto, tanto doutrina quanto jurisprudência (mais a primeira que a segunda) se utilizam de conceitos sensivelmente divergentes.

Ronaldo Alves de Andrade bem destaca que a acepção do que seja dano moral dá-se normalmente de duas formas: a negativa e a positiva.⁸⁵

A definição mais clássica é a negativa e provém da qualificação *a contrario sensu* do dano material. Enquanto este reflete sobre o patrimônio, o dano moral repercute nos demais casos. Ou seja, seria a presença ou não de conteúdo econômico que separa as duas espécies.⁸⁶ A professora Mirna Ciani chega a afirmar que “a doutrina, à unanimidade, tem admitido que o conceito de dano moral resume-se à definição de todo dano que atinja exclusivamente o patrimônio ideal da vítima,”⁸⁷ devendo-se compreender patrimônio ideal como aquele que não pode ser avaliado economicamente.⁸⁸

Alguns doutrinadores, no entanto, buscaram a formulação de um conceito positivo de dano moral. Ronaldo Alves de Andrade noticia que o jurista argentino Roberto H. Brebbia concebeu o dano moral como, ontologicamente, “a ofensa aos direitos da personalidade.”⁸⁹

Para o professor Carlos Alberto Bittar um conceito de dano moral deve necessariamente ter como fundamento a busca humana pela satisfação de seus desejos. Assevera o seguinte:

“Nessa matéria, tem-se como natural e normal que, em si, cada pessoa procure sempre alcançar a satisfação própria, o bem-estar e a felicidade pessoal, valendo-se da coletividade, dos demais seres e dos bens disponíveis, corpóreos e incorpóreos, nos limites próprios da ordem jurídica. Serve-se, portanto, de valores materiais ou espirituais (imateriais, ou incorpóreos), construindo o respectivo mundo, a partir da conjugação personalíssima de cada componente do acervo próprio ou disponível para o interessado. Outrossim, em

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 100- 101 e 104 - 105.

⁸⁵ ANDRADE, Ronaldo Alves. *Dano moral e sua valoração*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 8 - 9.

⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 33.

⁸⁷ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3 ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 6.

⁸⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 155.

⁸⁹ BREBBIA, Roberto H. *apud* ANDRADE, Ronaldo Alves, *op. cit.*, p. 8.

suas projeções na sociedade, faz-se mister que se cerque de conceitos e considerações tais que lhe possibilitem reputação compatível com as exigências do grupo, a fim de que possa evoluir e prosperar em suas atividades, como exalça Cunha Gonçalves. Nesse sentido, a valoração do meio é essencial para a integração da pessoa nos vários grupos existentes (familiar, educacional, profissional, de amizade, de lazer e outros) e, com essa participação, encontrar-se a si mesmo e realizar-se como ente social que, por natureza, representa.”⁹⁰ (grifo do autor)

Depreende-se das considerações do professor Bittar que há dois mundos de que participa um indivíduo: o seu próprio e aquele que revela à sociedade. Pode-se dizer ainda que o primeiro é projeção do segundo e ambos são reflexos da personalidade. Daí porque os danos morais podem ser qualificados “em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade,”⁹¹ ou seja pode o dano dar-se porque a vítima foi ofendida em seu íntimo, ou quando sua reputação perante a sociedade foi colocada em jogo. Um exemplo do primeiro caso estaria caracterizado em um pleito de reparação por danos morais em virtude de atraso de nove horas em um voo comercial.⁹² Nessa situação, o desrespeito é para com o indivíduo, seu tempo e planos pessoais. Um exemplo comum do segundo caso seriam as muitas inscrições indevidas em órgãos de proteção ao crédito,⁹³ que, dessa feita, repercutem no conceito que a sociedade tem do indivíduo.

Outra vertente, como bem destacado pela professora Maria Celina Bodin⁹⁴, é capitaneada por Aguiar Dias, para quem, segundo lição de Minozzi,

“o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão de direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretam, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não patrimoniais”.⁹⁵ (grifo do autor)

De maneira semelhante, o professor Nehemias Domingos de Melo destaca que “dentre os vários elementos que norteiam a caracterização do dano moral, há

⁹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 48 - 49.

⁹¹ *ibidem*, p. 45.

⁹² BRASIL. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 546.962, 20060111231319APC. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 04 nov. 2011, DJ 14 nov. 2011 p. 135.

⁹³ BRASIL. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 544.587, 20080110999804APC. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 21 out. 2011, DJ 08 nov. 2011 p. 115.

⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 156.

⁹⁵ MINOZZI, Alfredo *apud* DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. rev., at. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1002.

que se destacar a dor (tanto física quanto moral), como um dos elementos essenciais para a determinação da sua existência.”⁹⁶

Essas definições apresentam o dano moral como efeito não patrimonial a qualquer lesão de interesses, mesmo que não se trate de perturbação a direitos da personalidade, podendo, portanto, advir de lesões puramente materiais. Ainda segundo Maria Celina Bodin, essa vertente tem sido observada pela maioria dos doutrinadores e por boa parte da jurisprudência.⁹⁷

Modernamente, portanto, tem-se conferido à expressão dano moral duas significações principais: a-) lesão aos direitos da personalidade, ou seja, violação direta ou indireta a “todo e qualquer atributo que individualiza a pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros”⁹⁸; e b-) “reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão.”⁹⁹

A primeira das significações está bem retratada no acórdão abaixo, proveniente da 5ª Turma Cível do TJDF, em que se discutiu demanda relacionada à prestação inadequada de serviços de advocacia:

“O dano moral capaz de gerar reparação pecuniária é aquele que viola direito da personalidade, atingindo o sentimento de dignidade da vítima.”

[...]

“De fato, os aborrecimentos, percalços, frustrações, próprios da vida em sociedade não geram o dever de indenizar, mas na hipótese, o inequívoco descaso e desleixo da demandada legitima a indenização, dispensada a comprovação do ferimento aos atributos da personalidade (Art. 5º, inciso X, da Constituição Federal).”

[...]

“Com relação ao valor indenizatório, anoto que a reparação por danos morais possui dupla finalidade: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor, como fator de desestímulo à prática de atos lesivos à personalidade de outrem.”¹⁰⁰ (grifos do autor)

⁹⁶ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral. Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2 ed. rev., at. e aum. São Paulo: Atlas, 2011, p. 9.

⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 156.

⁹⁸ *ibidem*, p. 157.

⁹⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. rev., at. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1006.

¹⁰⁰ BRASIL. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 544.550, 20100910242187APC. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 21 out. 2011, DJ 07 nov. 2011 p. 322.

Já a concepção de dano moral como reação psicológica a uma lesão de natureza qualquer foi compartilhada no acórdão abaixo, também proveniente da 5ª Turma Cível do TJDF, que, por sua vez, apropriou-se de considerações tecidas em um acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ:

“De acordo com o STJ, “segundo a doutrina pátria ‘só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” (REsp 844.736/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 02/09/2010).”¹⁰¹ (grifo do autor)

O entendimento do dano moral como efeitos negativos (dor, vexame, humilhação, sofrimento, etc.) de uma lesão tem sido veementemente rechaçado por importantes doutrinadores, em especial aqueles ligados à percepção dos novos paradigmas da responsabilidade civil. Dentre estes, destacam-se Pablo Malheiros da Cunha Frota, Maria Celina Bodin de Moraes e Anderson Schreiber.

A professora Maria Celina argumenta que não ensejam a compensação por danos morais “o sofrimento humano ou a situação de tristeza, constrangimento, perturbação, angústia ou transtorno”¹⁰². Tais elementos tratam-se apenas de consequências desagradáveis sofridas por alguém e relativas a atos que podem ou não merecer a tutela do direito.¹⁰³ Assevera Maria Celina:

“[...] ao definir o dano moral por meio da noção de sentimento humano, isto é, utilizando-se dos termos ‘dor’, ‘espanto’, ‘emoção’, ‘vergonha’, ‘aflição espiritual’, ‘desgosto’, ‘injúria física ou moral’, em geral qualquer sensação dolorosa experimentada pela pessoa, confunde-se o dano com sua (eventual) consequência. Se a violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar.”¹⁰⁴ (grifo do autor)

¹⁰¹ BRASIL. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 541.843, 20030710215610APC. Relator Des. Lecir Manoel da Luz, julgado em 05 out. 2011, DJ 19 out. 2011 p. 162.

¹⁰² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 327.

¹⁰³ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 201.

¹⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de, *op. cit.*, p. 131.

O professor Anderson Schreiber critica o que chama de perspectiva consequencialística ao dano moral. O insigne doutrinador argumenta que é precisamente “da confusão com a dor, que deriva, em larga medida, o engano de se tomar o dano moral não como lesão a um interesse extrapatrimonial, mas como consequência extrapatrimonial da lesão a um interesse qualquer”.¹⁰⁵ Para esse autor, posicionamentos como o de Aguiar Dias decorrem diretamente de vícios históricos relacionados à ressarcibilidade do dano moral. Já se registrou o fato de que, em períodos passados, o dano moral deveria, necessariamente, vir precedido de uma lesão material. Desse modo, se entendia o dano moral como consequência de uma lesão material e não como a lesão em si.¹⁰⁶

A perspectiva consequencialística parece, portanto, não sobreviver às grandes alterações trazidas para esse campo, em especial com o advento da promulgação de Constituição Federal de 1988.

Com efeito, Sérgio Cavalieri Filho opina que todos os conceitos tradicionais de dano moral devem necessariamente ser reexaminados segundo o prisma da Constituição de 1988.¹⁰⁷ Para esse autor a atual Constituição “colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos.”¹⁰⁸ Como bem destaca Cavalieri, logo em seu artigo primeiro a Constituição impõe como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.

Ao proceder assim e ao prever a possibilidade, mais a frente, de ressarcimento do dano moral, o constituinte conferiu ao dano moral uma dimensão ainda maior. Para esse autor “a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos”¹⁰⁹, do que conclui que, “*em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade.*”¹¹⁰ (grifos no original)

¹⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 125.

¹⁰⁶ *idem*.

¹⁰⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100.

¹⁰⁸ *idem*.

¹⁰⁹ *ibidem*, p. 101.

¹¹⁰ *idem*.

A citação abaixo, proveniente de acórdão da 5ª Turma Cível do TJDF, em que se julga apelação que demanda reparação por danos morais em razão de furto de veículo ocorrido em estacionamento de órgão público, transcreve a sentença de primeiro grau, que descreve em breves palavras no que consiste a violação à dignidade da pessoa humana:

“No que tange ao dano moral, este não se verifica na hipótese em exame. O dano moral consiste na deriva de violação a dignidade da pessoa humana, a qual se concretiza quando há ofensa a integridade psicofísica da pessoa, ou a sua liberdade, a igualdade ou a solidariedade. No caso em exame, a autora sofreu a perda de alguns objetos pessoais e o estrago de seu veículo, caracterizando ofensa apenas a seu patrimônio, sem que tenha sido atingido direito da personalidade. Mesmo o argumento de que foram subtraídos também estudos e material de produção intelectual, isso não basta para caracterizar dano moral, ficando a hipótese apenas no campo do aborrecimento ou transtorno. Por outro lado, se os textos e estudos eram tão importantes para a autora, poderia ter mantido maior cuidado na sua guarda.”¹¹¹

Em verdade, a delimitação do que seja dignidade humana utilizada pelo acórdão acima foi extraída da obra já várias vezes aqui citada “Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais” da professora Maria Celina Bodin. Far-se-á uso das considerações lá tecidas objetivando vencer a generalidade com que o termo é em geral empregado.

1.3.3 O dano moral como violação à dignidade humana

Para Maria Celina Bodin a dignidade humana pode ser repartida em quatro postulados:

“i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.”¹¹²

A expressão jurídica do que seja dignidade humana encontra nos postulados acima as seguintes consequências diretas: o direito à igualdade, a tutela da

¹¹¹ BRASIL. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 553.223, 20100110646612APC. Relator Des. Romeu Gonzaga Neiva, julgado em 30 nov. 2011, DJ 09 dez. 2011 p. 162.

¹¹² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 85.

integridade psicofísica, o direito à liberdade e o direito-dever de solidariedade social,¹¹³ princípios que serão a seguir brevemente tratados.

“Todos são iguais perante a lei”, garante a Constituição no *caput* do seu artigo quinto. Trata-se da chamada igualdade formal, a primeira e mais básica das suas formas. Constatou-se, no entanto, que tal concepção não seria capaz de atingir o objetivo desejado, qual seja, o de evitar privilégios e discriminação, já que, conforme destaca a autora, “as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas.”¹¹⁴ Surgiu, então, outra forma de igualdade, a substancial, segundo a qual todos continuam sendo iguais perante a lei, só que os iguais serão tratados de maneira igual e os desiguais de forma desigual.¹¹⁵

Hodiernamente, no entanto, a questão da igualdade está sendo abordada sob um outro ângulo. Noticia a professora Maria Celina a existência do chamado “direito à diferença.”¹¹⁶ Argumenta-se que é mais coerente buscar reconhecer os efeitos da diversidade cultural humana do que insistir na busca de uma suposta identidade entre suas muitas facetas.¹¹⁷

A violação do direito de igualdade que classicamente enseja dano moral remete a comportamentos discriminatórios sob a forma de diferenciações despidas de qualquer apoio normativo, baseadas em gênero, cor da pele, religião, orientação sexual, nacionalidade ou naturalidade, classe social, dentre outros.¹¹⁸ Diferem, portanto, dos casos de tratamento desigual, mas legal, conferido a deficientes, quando, por exemplo, lhe são conferidas facilidades ou auxílios na realização de uma prova de um concurso público.

Como bem destaca a autora, para se debater o tema, deve-se ter em conta que “o vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias.”¹¹⁹

¹¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 85.

¹¹⁴ *ibidem*, p. 86.

¹¹⁵ *ibidem*, p. 87.

¹¹⁶ *idem*.

¹¹⁷ *ibidem*, p. 88.

¹¹⁸ *ibidem*, p. 90.

¹¹⁹ *ibidem*, p. 91.

Por sua vez, quando se fala em integridade psicofísica da pessoa humana, não se está a considerar unicamente a clássica proteção contra a tortura e a previsão de outras garantias penais.¹²⁰ Como bem destaca Maria Celina Bodin, esse tipo específico de tutela vem possibilitando a proteção a diversos direitos da personalidade, dentre os quais pode-se citar a vida, a imagem, o nome, a privacidade, a honra, dentre outros, subsumidos em um estado de “completo bem-estar psicofísico e social”.¹²¹

O campo da tutela à integridade psicofísica do ser humano tem sido palco de diversos embates judiciais relativos aos novos ramos do biodireito e da bioética.¹²² Temas polêmicos como os relacionados à clonagem, à procriação *post-mortem*, ao congelamento de embriões e sua utilização para outros fins que não a reprodução, à disposição sobre o próprio corpo¹²³ encontram “um legislador sem o preparo necessário para oferecer respostas claras, simples e rápidas”¹²⁴, até porque tais regulamentos devem ser precedidos por um amplo “debate social acerca das opções morais e éticas formuladas e aceitas pela sociedade na qual eles virão a incidir.”¹²⁵ As escolhas referendadas por tais debates refletirão as opções político-sociais as quais já se referiu anteriormente e que definirão que comportamentos violarão a integridade psicofísica de alguém e, por conseguinte, serão considerados danos indenizáveis.

Há ofensa à integridade psicofísica de uma pessoa quando, por exemplo, seu convênio médico lhe nega o acesso a procedimentos urgentes e que lhe podem salvar a vida, conforme denota abaixo trecho de acórdão da 5ª Turma Cível do TJDF:

“Evidente a ocorrência do dano moral, tendo em vista que a recusa de seguradora de saúde a cobrir procedimento médico urgente, que na sua ausência poderia levar à morte, traz como consequência lógica abalo psicológico, angústia, ensejando assim reparação.”¹²⁶
(grifo no original)

¹²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 93.

¹²¹ *ibidem*, p. 94.

¹²² *ibidem*, pp. 94 e 99.

¹²³ *ibidem*, pp. 94 - 95.

¹²⁴ *ibidem*, p. 100.

¹²⁵ *ibidem*, p. 101.

¹²⁶ BRASIL. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 544.578, 20090111730187APC. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 21 out. 2011, DJ 08 nov. 2011 p. 116.

A liberdade é outra faceta da dignidade humana. Nos tempos áureos do liberalismo, como salienta a autora, fora sinônimo de autonomia privada.¹²⁷ Predominava o liberalismo jurídico de maneira que o Direito Privado era a alma das relações jurídicas enquanto o Direito Público apenas lhe delineava e lhe garantia eficácia.¹²⁸

Segundo destaca Maria Celina Bodin, foi a necessidade de se regulamentar questões extrapatrimoniais que promoveu a mudança desse quadro. Passou-se a debater “quais os poderes que a pessoa detinha para dispor de si, de seu destino, de seu próprio corpo, ou até onde a autonomia dos privados podia avançar sem ferir a ordem pública, a moral e os bons costumes”.¹²⁹ Os limites à atuação indiscriminada do indivíduo deixaram de ser exceção, e institutos como o da ordem pública, dantes vistos como um mal necessário, passaram a constar das mais importantes normas das nações social-democratas, como elemento essencial à garantia da dignidade humana.¹³⁰ Portanto, do conceito de direito subjetivo passou-se a inferir, além de benesses, diversas limitações, “devendo seu exercício estar em consonância com os objetivos, os fundamentos e os princípios estabelecidos pela norma constitucional.”¹³¹ O princípio da liberdade, como se verá, deverá ser considerado em conjunto com o da solidariedade social.¹³²

Atualmente, percebe-se que o exercício do princípio da liberdade revela-se inerente a uma perspectiva relacionada muito mais à privacidade e à intimidade e, nesse contexto, liberdade, define a autora, seria “poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier.”¹³³

Como exemplos dos diversos comportamentos atentatórios ao exercício da liberdade humana encontram-se: revista íntima de empregado, restrições à livre manifestação da consciência e do pensamento, acesso indevido a dados pessoais, dentre outros.¹³⁴

¹²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, pp. 102 - 103.

¹²⁸ *ibidem*, p. 104.

¹²⁹ *idem*.

¹³⁰ *ibidem*, p. 105.

¹³¹ *ibidem*, p. 106.

¹³² *ibidem*, p. 107.

¹³³ *idem*.

¹³⁴ *idem*.

Por fim, outro postulado da dignidade humana destacado pela autora é o que chama de “direito-dever de solidariedade social”, que surgiu como resposta às tragédias humanas vividas no início do século XX, em especial a Segunda Guerra Mundial.¹³⁵ Pode-se dizer que foi após esse período que se passou a discutir a ideia de humanidade.¹³⁶ As Constituições posteriores a essa época deixaram de ter como princípio fundamental a autonomia do indivíduo que muitas vezes se limitava a regular questões patrimoniais.¹³⁷ Passou-se a valorizar as pessoas humanas e a dignidade a que fazem jus.

Imprescindível aqui citar o artigo 3º da Constituição Federal de 1988 que, com bem sinaliza Maria Celina Bodin, está incrustado no Título I, denominado “Dos Princípios Fundamentais”:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:”

“I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

“II – garantir o desenvolvimento nacional;”

“III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

“IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (grifo do autor)

Entende a citada professora que o princípio constitucional da solidariedade, incutido não só nos dispositivos acima transcritos, mas por toda a Constituição, configura “o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”¹³⁸ Deve-se ter o cuidado, portanto, de não considerar a solidariedade social como um mero conjunto de comportamentos caridosos, pois trata-se de um princípio constitucional, possuidor que é de inegável normatividade a tutelar os direitos de cada pessoa.¹³⁹

Alguns exemplos atuais do desrespeito a tal princípio seriam os danos sofridos no seio familiar (violência sexual, inadimplemento da obrigação de prestar alimentos) e os danos provenientes do desrespeito à boa-fé. Todavia as hipóteses

¹³⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 108.

¹³⁶ *idem*.

¹³⁷ *ibidem*, p. 109.

¹³⁸ *ibidem*, p. 114.

¹³⁹ *ibidem*, pp. 115 - 116.

de violações mais conhecidas e debatidas estão relacionadas aos direitos do consumidor e do meio ambiente.¹⁴⁰

Importante ressaltar que um mesmo dano pode encontrar guarida em mais de um dos postulados da dignidade humana. Danos causados em razão de violência doméstica violam tanto o direito à integridade psicofísica da(s) vítima(s) como o direito de solidariedade.¹⁴¹

A análise dos princípios basilares da dignidade humana, como bem delineados pela professora Maria Celina Bodin, demonstra que a proteção aos direitos extrapatrimoniais estabelecida pelo constituinte vai muito além dos direitos subjetivos da personalidade, de forma que se estabeleceu uma verdadeira “cláusula geral de tutela da pessoa humana.”¹⁴² Decorre daí que não há

“um número aprioristicamente determinado de situações jurídicas subjetivas tuteladas, porque o que se visa proteger é o valor da personalidade humana, sem limitações de qualquer gênero, ressalvadas aquelas postas no interesse de outras pessoas, dotadas de igual dignidade.”¹⁴³

Pode-se concluir de forma satisfatória, portanto, que, modernamente, configura-se como dano moral a violação a qualquer dos postulados da dignidade humana, quais sejam: a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade. Caberá ao juiz, quando analisar o caso concreto, determinar se um ou mais desses postulados restaram ofendidos e em que medida dever ser reparados.

¹⁴⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, pp. 116 - 117.

¹⁴¹ *ibidem*, p. 117.

¹⁴² *ibidem*, p. 118.

¹⁴³ *ibidem*, p. 120.

2 AS FINALIDADES DA SATISFAÇÃO DO DANO MORAL E OS CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DO *QUANTUM DEBEATUR*

2.1 As finalidades

Como já se procurou demonstrar, a realidade atual é de ampla reparabilidade dos danos. Quando o prejuízo é material, procede-se à recomposição dos danos, cuja extensão é, em geral, possível de ser medida, por mais complexa que seja a lesão. Por outro lado, quando o dano é moral, atingindo direitos inerentes à dignidade humana, a despeito de estarem igualmente sujeitos à tutela do direito, não se poderá falar propriamente em recomposição. Mas qual seria a função, a finalidade ou a natureza jurídica da reparação do dano moral?

A doutrina, muitas vezes a reboque da jurisprudência¹⁴⁴, tem imputado variadas funções para essa reparação. Serão analisadas as que mais se destacam.

O professor Pablo Malheiros destaca a existência de três correntes que conferem à reparação por dano morais: a) natureza compensatória; b) função punitiva; e c) natureza principal compensatória, cumulada com natureza acessória disciplinadora e desestimuladora.¹⁴⁵

A professora Maria Celina Bodin destaca que, a despeito de a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, se referir à possibilidade de indenização do dano moral, esta não é, tecnicamente, a expressão mais adequada. Isso porque o instituto da indenização, segundo a autora, objetiva restaurar o que foi perdido ao estado anterior, eliminando o mal causado e suas possíveis consequências, o que, no caso do dano moral, é tarefa impossível. Deve-se, portanto, preferir o uso do vocábulo compensação.¹⁴⁶

Abordagem igualmente relevante é a do professor Yussef Cahali, para quem “o fundamento ontológico da *reparação dos danos morais* não difere substancial-

¹⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 130.

¹⁴⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 212.

¹⁴⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de, *op. cit.*, p. 145.

mente, quando muito em grau, do fundamento jurídico do *ressarcimento dos danos patrimoniais*, permanecendo ínsito em ambos os caracteres sancionatório e aflitivo”¹⁴⁷ (destaque no original).

Tal conclusão é proveniente das lições de Carnelutti segundo as quais uma sanção pode se dar por meio de uma repressão e de uma pena. No primeiro caso objetiva-se restituir o que o ofendido perdeu, no segundo intenta-se infligir uma punição, isto é, um mal, ao ofensor.¹⁴⁸

Ainda segundo os ensinamentos de Carnelutti tem-se que a restituição refere-se a um sacrifício de interesse idêntico entre as partes, ao passo que na pena o sacrifício é o de um interesse diverso. Pode-se concluir, portanto que a restituição possui um caráter próprio de satisfação, enquanto a pena detém um caráter aflitivo.¹⁴⁹

A diferença entre dano patrimonial e o moral estaria justamente na forma como ocorre a restituição do interesse lesado. Enquanto o dano patrimonial é ressarcido, pois a indenização pode ser plena, com o retorno ao *status quo ante*, o dano moral é reparado, por meio de uma compensação, de maneira que, neste último caso, se impinge “ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.”¹⁵⁰

Em suma, para Cahali a condenação em danos morais cumpre uma função reparatória ou compensatória e outra aflitiva ou punitiva.

Semelhantemente, para Humberto Theodoro Júnior a reparação “assume o feitio apenas de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral” devendo essa sanção atingir dois objetivos básicos: o de mitigar o sofrimento do ofendido e o de reprimir a repetição da prática danosa.¹⁵¹

Não difere a tese de Carlos Alberto Bittar, para quem ao ofendido é devida reparação que seria “qualquer ação corretiva possível [...] hábil a compensar-lhe a

¹⁴⁷ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 35 - 36.

¹⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco *apud* CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴⁹ *idem*.

¹⁵⁰ CAHALI, Yussef Said, *op. cit.*, p. 38.

¹⁵¹ THEODORO JR, Humberto. *Dano Moral*. 7 ed. at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey e Juarez de Oliveira, 2010, p. 3.

lesão sofrida,” não sendo necessariamente pecuniária. Já, sob o prisma do ofensor, quaisquer das medidas adotadas para a reparação terão um caráter nitidamente sancionatório.¹⁵²

Para o professor Nehemias de Melo, a condenação por danos morais possui, além das funções compensatória e punitiva, um caráter de exemplaridade, isto é, uma demonstração à sociedade de que determinado tipo de comportamento não será aceito.¹⁵³

A professora Mirna Cianci entende que a reparação do dano moral possui um caráter claramente compensatório, e reconhece, apesar de não compartilhar da opinião, que boa parte da doutrina e da jurisprudência atuais considera a existência de um aspecto punitivo ligado à reparação.¹⁵⁴

A doutrina, portanto, quase à unanimidade, concorda acerca do caráter reparatório ou compensatório do dano moral, diferindo em alguns casos apenas quanto à denominação dada à função. Todavia, entre os estudiosos do assunto, parece haver grande discordância quanto à presença do caráter punitivo na condenação por danos morais.

Tal impasse pode ter raiz no fato de o sistema jurídico brasileiro, de origem romano-germânica, ter se chegado cada vez mais aos sistemas da *common law*, em que vige a possibilidade de aplicação de penas privadas.¹⁵⁵ Maria Celina Bodin, por sua vez, destaca que tal função advém exclusivamente das considerações da jurisprudência pátria, a despeito de inexistir fundamento legal para tanto.¹⁵⁶

Vitor Fernandes Gonçalves, em seu livro “A Punição na Responsabilidade Civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos”, analisa os contornos dos *punitive damages*, expressão melhor traduzida por “indenizações punitivas” e a possível aplicação desse instituto pelas cortes brasileira.¹⁵⁷ Argumenta

¹⁵² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 68.

¹⁵³ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral. Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2 ed. rev., at. e aum. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

¹⁵⁴ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3ª ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva: 2009, pp. 7 - 8.

¹⁵⁵ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 188.

¹⁵⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 25.

¹⁵⁷ GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 19.

esse autor que o dano moral não é compensável, pois não detém natureza patrimonial, de maneira que lhe “falta um mercado por meio do qual seu valor possa ser estimado, em face do que os valores concedidos a título de indenização tendem a substituir deficientemente o que foi perdido.”¹⁵⁸ Perfilha então o autor a ideia de que quanto à matéria, deve-se fazer uso de outros critério, em especial os provenientes do direito penal.¹⁵⁹

O autor, em seu livro, cita algumas considerações de Washington de Barros Monteiro para quem a condenação por danos morais “não objetiva pagar a dor ou compensar o abalo moral; cuida-se apenas de impor um castigo ao ofensor e esse castigo ele só terá se for também compelido a desembolsar certa soma.”¹⁶⁰

Tal entendimento parece encontrar oposição direta daqueles que vislumbram a evolução dos paradigmas da responsabilidade civil, em que, como já se referiu anteriormente, busca-se, como objetivo primeiro, a observância da cláusula geral de tutela da pessoa humana de forma a se privilegiar a reparação do ofendido e não a punição do ofensor. Nesse diapasão, o professor Anderson Schreiber considera que a aplicação da função punitiva é uma involução às conquistas no campo da responsabilidade civil:

“o avanço da responsabilidade objetiva e as alterações na própria noção de culpa têm conduzido a responsabilidade civil a um campo dissociado de preocupações subjetivistas e cada vez menos sensível à ideia de culpabilidade. Os *punitive damages* são a essência da orientação contrária – fundam-se, inteiramente, no grau de culpabilidade do agente e radicam-se fundo na ideia de reprovação moral e castigo exemplar do ofensor. Opõem-se, desta forma, a toda a marcha que a responsabilidade civil vem desenvolvendo nos dois últimos séculos.”¹⁶¹

Para a professora Maria Celina Bodin a aplicação função punitiva da reparação de danos morais enfrenta ainda outros problemas:

1. ausência de fundamento normativo;¹⁶²
2. desrespeito ao “princípio da equivalência entre dano e reparação”;¹⁶³

¹⁵⁸ GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 195.

¹⁵⁹ *idem*.

¹⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros *apud* GONÇALVES, Vitor Fernandes, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 205.

¹⁶² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 25.

3. condenações díspares em casos análogos;¹⁶⁴
4. “imprevisibilidade das decisões judiciais”;¹⁶⁵
5. antagonismo com o princípio que proíbe o locupletamento sem causa;¹⁶⁶
6. os ordenamentos de origem romano-germânica não comportam, por princípio, a pena privada.¹⁶⁷

Para essa autora um instituto semelhante à indenização punitiva só seria aceitável no Brasil em casos extremos,

“quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada.”¹⁶⁸

Além disso, em última análise, a aplicação da indenização punitiva, conforme explicada por um de seus defensores, depende da configuração de determinados requisitos:

1. o comportamento que se pune deve ser obrigatoriamente contrário ao ordenamento jurídico, isto é, ilícito;¹⁶⁹
2. o ato ilícito deve necessariamente ter sido praticado de forma intencional, isto é, deve estar presente a vontade de causar o dano, o dolo;¹⁷⁰
3. o ato ilícito intencional deve ainda ser praticado de forma maliciosa, isto é, trata-se de uma intenção qualificada de causar um mal, de forma cruel ou vingativa.¹⁷¹

Na análise de 113 acórdãos provenientes da 5ª Turma Cível do TJDF, verificou-se que a vasta maioria confere à condenação por danos morais uma função punitiva, todavia, em nenhum desses acórdãos ficou demonstrado que o dano ensejador da reparação fora praticado de forma intencional (dolosa) e maliciosa.

¹⁶³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 29.

¹⁶⁴ *idem*.

¹⁶⁵ *ibidem*, p. 31.

¹⁶⁶ *ibidem*, p. 33.

¹⁶⁷ *ibidem*, p. 36.

¹⁶⁸ *ibidem*, p. 263.

¹⁶⁹ GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 55.

¹⁷⁰ *ibidem*, p. 60.

¹⁷¹ *ibidem*, p. 67.

Pode-se concluir, portanto, que a qualidade punitiva que os julgadores quiseram conferir às eventuais condenações pouco ou nada lembram as indenizações punitivas da *common law*, seja por não preencherem os requisitos para tanto ou porque os valores a que foram condenados os ofensores são quase sempre muito baixos. Trata-se, em princípio, de figura anômala, por vezes inconsistente com a própria condenação e, por outras, com os critérios escolhidos para o estabelecimento do *quantum debeat*.

2.2 Os critérios

A escassez de critérios legais objetivos para a definição do *quantum debeat* em face de danos morais tem sido objeto de duras críticas por parte de alguns doutrinadores. A esse grupo pertence a professora Mirna Cianci, para quem

“Não há nenhum fundamento que justifique, na compreensão do sistema civil, a ausência de previsão legal acerca dos critérios de quantificação dos danos morais, que gera insegurança no mundo jurídico.”

“Aliás, à míngua de regulamentação, os critérios existentes têm sido defendidos das mais diversas formas, ora pela aplicação subsidiária das legislações especiais e dos dispositivos do Código Civil preexistentes à Constituição Federal, todos evidentemente insuficientes à universalidade do dano moral, ora pela criação de critérios próprios [...]”.¹⁷²

Por outro lado, Carlos Alberto Bittar, ao tratar sobre os poderes do juiz no que tange à definição de como se dará a reparação de determinado dano, justifica a ausência histórica dos referidos critérios legais:

“[...] não só quanto à identificação da violação e determinação do responsável, como também quanto à resposta da ordem jurídica ao lesante e a outros elementos em que se desdobra a lide, está investido o juiz de poderes que lhe possibilitam fazer justiça à questão sob exame.”

“Essa tendência conforma-se às concepções atuais da teoria da reparação de danos, pois, de um lado, não é possível ao legislador enunciar todas as hipóteses de danos, e, de outro, especificar os diferentes critérios de ressarcimento admitidos pela experiência jurídica. Aliás, isso já fora percebido pelos primeiros codificadores,

¹⁷² CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3ª ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 151 - 152.

que se limitaram a descrever apenas alguns dos inúmeros meios de reparação cabíveis [...].”¹⁷³

O professor Nehemias Domingos de Melo relata a existência de diversos projetos de lei no Congresso Nacional que objetivam tarifar as compensações devidas em razão de danos morais.¹⁷⁴ Esse tipo de regulamentação é rechaçada pelo autor, que se permite às seguintes indagações:

“[...] como se pode atribuir a cada um o que efetivamente seja de seu direito, se esse mesmo direito estará previamente tarifado? Como considerar as peculiaridades de cada caso, de tal sorte a que se possa sentenciar com uma perfeita dosimetria do valor indenizatório, se o julgador estiver limitado por pautas? Ademais, como harmonizar o preconizado na Constituição, que estabelece a reparação proporcional ao agravo de forma integral e sem limitações, com um sistema de tarifas?”¹⁷⁵

Comunga de entendimento parecido o Desembargador Clayton Reis ao afirmar que “será sempre impossível proceder à avaliação aritmética, eis que os valores arbitrados ordinariamente serão, por estimativa, alicerçados nos elementos subjetivos fornecidos para sua aferição.”¹⁷⁶

Em síntese, não se pode escapar da conclusão de que a subjetividade que caracteriza o próprio dano moral tem também sido o pálio que reveste a própria decisão judicial acerca do *quantum* compensatório, tal a discricionariedade conferida aos magistrados.

Dentre os critérios mais utilizados e despidos de extrema generalidade, a doutrina, a partir das considerações da jurisprudência pátria, cita os seguintes: 1) a extensão e a gravidade do dano; 2) o grau de culpa do ofensor; 3) a condição socioeconômica das partes; e 4) a intensidade da dor sofrida. Cabe, a seguir, uma breve consideração crítica acerca de cada um deles.

2.2.1 A extensão e a gravidade do dano

O artigo 944 do Código Civil de 2002 prevê que “A indenização mede-se pela

¹⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev., at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 218.

¹⁷⁴ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral. Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2 ed. rev., at. e aum. São Paulo: Atlas, 2011, pp. 99 - 100.

¹⁷⁵ *ibidem*, p. 102.

¹⁷⁶ REIS, Clayton. *Dano moral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 191.

extensão do dano”. Já se mencionou neste trabalho que sendo material o prejuízo, a extensão do dano é, em geral, possível de ser medida; por maior que seja a sua complexidade, as grandes dificuldades limitam-se ao campo das operações contábeis.

O mesmo já não se pode dizer quando o dano é moral. Nesse caso a respectiva extensão é de difícil medição já que esse tipo de dano, como se viu, ocorre quando se violam aspectos da dignidade de uma pessoa, elemento subjetivo por natureza.

Com o objetivo de transpor ao menos em parte essa dificuldade, cabe ao juiz “verificar concretamente os aspectos perceptíveis do dano”¹⁷⁷, a teor dos ensinamentos do jurista argentino Roberto H. Brebbia, citado pelo professor Ronaldo Alves de Andrade.

O julgado abaixo, proveniente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF, ilustra esse tipo de verificação. Trata-se de pedido de condenação ao pagamento de danos morais em razão de negativa indevida de convênio médico em cobrir as despesas com a cirurgia de uma criança de oito anos. O relator, ao discorrer sobre a fixação do *quantum debeatur*, cita parte da sentença que ensejou o recurso:

“No caso ora sob apreciação, a repercussão do dano na esfera de intimidade da autora foi intensa, porquanto teve negado direito fundamental, inerente à saúde, o que lhe prolongou no tempo a dor e o sofrimento, ao lado de contribuir tal conduta omissiva para o aumento do risco de morte da criança.”¹⁷⁸ (grifos do autor)

Para definir o *quantum* reparatório, o magistrado considerou dois aspectos concretos: o prolongamento da dor e do sofrimento e o aumento do risco de morte; ambos intrinsecamente relacionados à negativa da operadora de serviços de saúde em autorizar a cirurgia. Tal análise leva em consideração a “gravidade objetiva do dano”¹⁷⁹, não se apegando a meras conjecturas acerca dos sentimentos que o ofendido possa ou não estar expressando e é, por isso, mais condizente com as novas tendências da teoria da responsabilidade civil.

¹⁷⁷ BREBBIA, Roberto H. *apud* ANDRADE, Ronaldo Alves. *Dano moral e sua valoração*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 41.

¹⁷⁸ BRASIL. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 541.843, 20030710215610APC. Relator Des. Lecir Manoel da Luz, julgado em 5 out. 2011, DJ 19 out. 2011 p. 162.

¹⁷⁹ ANDRADE, Ronaldo Alves. *op. cit.*, p. 40.

Cabe aqui ainda relatar a crítica feita por Anderson Schreiber ao critério da gravidade da ofensa no que tange à escolha dos interesses mercedores ou não de tutela. Noticia o autor que se faz grande confusão entre a gravidade efetiva do dano e a gravidade relativa à conduta daquele que ofende.¹⁸⁰ No que se refere à gravidade da conduta, revela que há casos em que o comportamento inadequadamente grave de alguém pode não ensejar reparação por danos morais, enquanto determinado procedimento levemente reprovável pode levar o indivíduo descuidado a arcar com elevadas quantias referentes a tal reparação.¹⁸¹ Eis o exemplo do autor:

“Um leve descuido de um motorista pode provocar lesão à integridade física de um pedestre, consubstanciando-se tal lesão em um dano moral ressarcível. Por outro lado, não dá margem a dano moral, por si só, o doloso inadimplemento de um contrato de mútuo, embora grave a culpa do devedor, seja pelo grau de reprovabilidade da sua conduta, seja pelas consequências econômicas que lhe podem decorrer.”¹⁸²

Segundo o autor em questão, o termo gravidade, deve, portanto, ser utilizado exclusivamente no que diz respeito ao dano em si, isto é, o objeto a ser examinado é o interesse violado, concluindo ser irrelevante a gravidade da conduta do ofensor.¹⁸³ Mas, mesmo assim, para o doutrinador, a gravidade da lesão não se presta a definir quais danos são ou não ressarcíveis, face à concepção de que os danos devem todos ser compensados, independentemente do nível de gravidade a eles inerente.¹⁸⁴ Essa análise serve, quando muito, para a fixação do *quantum* devido.¹⁸⁵

2.2.2 O grau de culpa do ofensor

A escolha de determinados critérios remete necessariamente às finalidades da reparação pelo dano, às quais se referiu no item anterior. Portanto, quando se leva em conta o grau de culpa na perpetração do ato danoso, como agora é o caso, privilegia-se o caráter supostamente punitivo da reparação.

¹⁸⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 122.

¹⁸¹ *idem*.

¹⁸² *idem*.

¹⁸³ *idem*.

¹⁸⁴ *idem*.

¹⁸⁵ *ibidem*, p. 123.

O artigo 944 do Código Civil de 2002 prevê que a indenização deve ser medida pela extensão do dano, disposição parecida com a prevista no Código Civil anterior, em seu artigo 1.059. A diferença, encontrada no parágrafo único do artigo 944 daquele e ausente no Código Beviláqua, é a de que, no caso de excessiva desproporção entre o grau de culpa e o dano causa, está o juiz autorizado a diminuir a indenização.¹⁸⁶

Segundo bem destaca a professora Maria Celina, a opção do legislador, à época do Código Civil de 1916, de simplesmente descartar a avaliação acerca do grau de culpa do ofensor se deve a uma questão de ordem lógica:

“Uma alternativa excluía a outra, porque das duas, uma: ou bem se determinava a indenização de todo o dano, e o grau de culpa não poderia ser levado em consideração, ou bem se media a conduta, permitindo a indenização menor do que seria necessário à reparação, em caso de culpa mais leve.”¹⁸⁷

Note-se a escolha do vocábulo “reduzir”, feita pelo legislador do Código Civil de 2002. A partir daí, pode-se concluir que, em princípio, a avaliação do grau de culpa do ofensor serviria apenas para a verificação da possibilidade de diminuição do valor da indenização e nunca o seu aumento. Isso porque, em tese, o limite para a indenização privada seria a exata medida do dano, independentemente de o ofensor ter agido com culpa grave ou mesmo dolo.¹⁸⁸ Essa conclusão parece ir de encontro à atual compreensão do que seja responsabilidade civil, que, como já visto, busca a mais ampla e geral reparação dos danos.

A respeito do assunto, indaga o professor Nehemias Domingos de Melo: “como tornar indene aquele que sofreu uma injusta agressão em seu patrimônio, moral ou material, se a própria lei abre a possibilidade ao juiz de, por equidade, decidir em favor do ofensor, reduzindo o valor indenizatório?”¹⁸⁹ Para este autor, o dispositivo legal em questão deve ser analisado com grande prudência, especialmente em face de a própria Constituição Federal não ter estabelecido limites

¹⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 297.

¹⁸⁷ *idem*.

¹⁸⁸ *idem*.

¹⁸⁹ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral. Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2 ed. rev., at. e aum. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

quantitativos à compensação por danos morais.¹⁹⁰

Duas são as principais noções acerca do conceito de culpa. A clássica, também conhecida como concepção psicológica, e a moderna, referida como concepção normativa da culpa.¹⁹¹

Para a concepção clássica importa o estado de ânimo do ofensor em face do descumprimento de uma obrigação preexistente.¹⁹² Segundo Maria Celina Bodin, há dois elementos essenciais a essa concepção de culpa: 1) “a manifestação de vontade, livre e consciente, do agente, em relação à qual surge, ou corresponde, um consequente juízo moral de condenação daquela ação”;¹⁹³ e 2) a “previsibilidade do resultado, pressuposto lógico e psicológico de sua evitação”.¹⁹⁴ Ainda segundo a eminente doutrinadora, a maior crítica que se pode fazer a essa concepção é a preexistência da norma, seja em uma lei ou contrato, algo que nem sempre se pode verificar.¹⁹⁵

Como bem observa o professor Anderson Schreiber, restaram enfraquecidas as preocupações com a consciência do ofensor, com a previsibilidade do resultado e com a censura moral relacionada do ato perpetrado.¹⁹⁶ Isso porque a comprovação desses elementos é frequentemente difícil e, por vezes, impossível. Como resultado disso, surgiu a concepção normativa da culpa, que se fundamenta primordialmente “na ideia do erro de conduta, entendendo que, quando não há norma específica, legal ou contratual, há um dever jurídico genérico, [...] denominado ‘dever geral de não lesar ninguém’”.¹⁹⁷ Dessa forma não se está a buscar a subsunção do ato a uma norma ou contrato, mas sim à expectativa de comportamento de uma “pessoa prudente, diligente e cuidadosa, em iguais circunstâncias”.¹⁹⁸ De maneira sintetizada, pode-se dizer que a culpa passou a ser considerada como a

¹⁹⁰ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral. Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2 ed. rev., at. e aum. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

¹⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 209.

¹⁹² *ibidem*, p. 210.

¹⁹³ *idem*.

¹⁹⁴ *idem*.

¹⁹⁵ *ibidem*, pp. 210 - 211.

¹⁹⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 33.

¹⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de, *op. cit.*, p. 211.

¹⁹⁸ *idem*.

transgressão a um padrão esperado de comportamento.¹⁹⁹

As consequências da adoção dessa nova concepção para o julgador são argutamente delineadas pelo professor Schreiber:

“A culpa normativa parte, como se vê, da premissa de que a imputação moral não é elemento constitutivo da noção, sendo-lhe, no máximo, uma eventual consequência. Seu método de aferição, essencialmente abstrato, é deliberadamente indiferente ao juízo moral – concreto por necessidade. O comportamento do agente não é mais avaliado em face do que se deveria esperar dele, mas do que se espera do *bonus pater familias*. Mais que isso, a passagem de um método de aferição *in concreto* àquele *in abstracto* tem impactos profundo na responsabilidade civil, marcando, para diversos autores, a inauguração de uma nova compreensão do instituto, mais técnica, como exige a realidade atual, e menos ética, espiritual ou moral, como recomendava a tradição canônica.”²⁰⁰ (grifo do autor)

Pode-se inferir, portanto, que a evolução do conceito de culpa para a chamada concepção normativa pode favorecer a decisões mais equânimes quando se trata de definir o *quantum debeatur* em razão de danos morais. A uma, porque muitas das causas de pedir se assemelham, de forma que seria mais fácil traçar o perfil de comportamento esperado do homem médio e, a duas, o julgador seria capaz de verificar, com maior acuidade, o nível de desvio do comportamento rechaçado e, assim, justificar a compensação impingida ao ofensor.

2.2.3 A condição socioeconômica das partes

Dentre os critérios utilizados para a fixação do *quantum debeatur* a condição socioeconômica das partes parece ser o que mais produz críticas.

As razões para se levar tal critério em consideração são, basicamente, a tentativa de se evitar o locupletamento sem causa, no caso do ofendido, e a bancarrota do ofensor.²⁰¹ Ao tratar sobre o arbitramento do dano moral, o professor Sérgio Cavalieri Filho confere especial destaque à questão:

¹⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 212.

²⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36.

²⁰¹ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 233.

“Creio que na fixação do *quantum debeatur* da indenização, mormente tratando-se de lucro cessante e dano moral, deve o juiz ter em mente o princípio de que o dano não pode ser fonte de lucro. A indenização, não há dúvida, deve ser suficiente para reparar o dano, o mais completamente possível, e nada mais. Qualquer quantia a maior importará enriquecimento sem causa, ensejador de novo dano.”²⁰² (destaques no original)

Na mesma linha de raciocínio, Humberto Theodoro Júnior afirma acerca do tema: “Mais do que em qualquer outro tipo de indenização, a reparação do dano moral há de ser imposta a partir do fundamento mesmo da responsabilidade civil, que não visa criar fonte injustificada de lucros e vantagens sem causa.”²⁰³

Sob outro ângulo, Carlos Roberto Gonçalves defende a mesma premissa:

“O critério de se levar em consideração, no arbitramento do *quantum indenizatório*, a condição social e econômica do ofendido causa, a princípio, certa perplexidade, podendo ser indagado em que medida teria influência sobre a dimensão do sofrimento por ele experimentado. Indagam alguns se a dor do pobre vale menos que a do rico. É evidente que o sofrimento moral dos afortunados não é mais profundo do que o das demais pessoas. Porém, o critério de se atentar para a situação econômica do lesado, no arbitramento dos danos morais, pode ser utilizado porque, como já ressaltado, a reparação não deve buscar uma equivalência com a dor, mas ser suficiente para trazer um consolo ao beneficiário, uma compensação pelo mal que lhe causaram.”²⁰⁴

A despeito dessas justificativas, autores como os professores Pablo Malheiros, Maria Celina Bodin e Anderson Schreiber, anunciadores que são de uma nova fase da teoria da responsabilidade civil, entendem que a aplicação de tal critério é equivocada. Seriam ao menos três os contra-argumentos que objetivam desconstruir as bases do critério em análise.

Em primeiro lugar, conforme já se viu no primeiro capítulo, esses autores apregoam a existência de uma “cláusula geral de tutela da pessoa humana”²⁰⁵ do que se concluiu que o dano moral seria a violação a todo e qualquer aspecto da

²⁰² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005, p.115.

²⁰³ THEODORO JR, Humberto. *Dano Moral*. 7 ed. at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey e Juarez de Oliveira, 2010, p. 44.

²⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10ª ed. rev. at. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 639.

²⁰⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 118.

dignidade da pessoa humana.²⁰⁶ Segundo esse raciocínio, a sentença que verdadeiramente observa tal cláusula se sobrepõe à discussão acerca da ilicitude do enriquecimento ocasionado pela compensação.²⁰⁷ Nesse viés cabe citar vez mais a professora Maria Celina:

“[...] o argumento mais utilizado para justificar a adoção do critério da condição econômica da vítima – o que diz tratar-se de evitar enriquecimento sem causa – parece configurar mero pretexto. Ora, a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado. O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos da lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido.”²⁰⁸ (grifo do autor)

O segundo contra-argumento subjaz no grave equívoco de se buscar dar prioridade à avaliação do sentimento, mera consequência que é e insusceptível de avaliação, e não do fato em si ou de outras consequências mais relevantes, assunto também já tratado em momento anterior deste trabalho.²⁰⁹

Por fim, é possível perceber que, em alguns casos a situação se mostra claramente antagônica: em grande parte dos julgados estudados percebeu-se que a indenização deve cumprir uma função punitiva além da compensatória (isso significa que parte do valor a que eventualmente fora condenado o ofensor servirá para compensar e outra, para puni-lo) e uma quantidade ainda maior de acórdãos assevera que o valor da condenação por danos morais não poderá proporcionar enriquecimento sem causa da vítima. Para a professora Maria Celina Bodin, é “dedução lógica obrigatória que, sob o ponto de vista econômico, a vítima sairá, nesses casos, ‘enriquecida’, na medida em que estará recebendo necessariamente mais do que a compensação do dano demandaria.”²¹⁰ Talvez porque conscientes desse antagonismo é que os julgadores fixam valores tão baixos, mesmo quando alegam estar conferindo um caráter punitivo à condenação.

Ao invés de se considerar o nível econômico da vítima, melhor seria levar em

²⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 120.

²⁰⁷ FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 236.

²⁰⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de, *op. cit.*, p. 302.

²⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 126.

²¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de, *op. cit.*, p. 33.

conta suas condições pessoais.²¹¹ Maria Celina traz à baila exemplo de Pietro Perlingieri segundo o qual se deve considerar na avaliação do dano o fato de alguém sofrer ferimento na perna e de morar em andar alto de edifício sem elevador.²¹² Em tese, essa situação ensejaria reparação maior do que no caso de mesmo ferimento em pessoa que mora em uma casa. Mesma sorte teria o caso de uma inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito se o ofendido fosse bancário, face à possibilidade concreta de perder seu emprego, como é de notório conhecimento.

2.2.4 A intensidade da dor sofrida

Segundo explica Anderson Schreiber e conforme as considerações já feitas nesse trabalho, a utilização do critério da dor para a verificação da existência de um dano revela uma “confusão conceitual”.²¹³ Noticia o autor que esse problema é resultado da antiga batalha entre a possibilidade ou não da reparação pecuniária do dano moral.²¹⁴ Enquanto os negativistas arguíam pela imoralidade da precificação da dor, os positivistas apregoavam a antítese.

Mesmo vencida a batalha e tendo evoluído sobremaneira a teoria da responsabilidade civil desde então, muitos doutrinadores e magistrados insistem em considerar a dor ou o sofrimento humano como objeto do dano moral. Isso, para Schreiber, traz alguns problemas. O primeiro deles é a impossibilidade de se aferir o dano tendo-se em vista o caráter subjetivo do sofrimento²¹⁵, isto é, se o dano é a dor, então o juiz tem em suas mãos uma tarefa que não poderá cumprir com o mínimo de precisão sem o auxílio de forças sobrenaturais.

Se dor o fosse, um paciente em estado vegetativo não faria jus à compensação por danos morais no caso de lesão à sua honra.²¹⁶ Reside aqui a fraqueza maior dessa concepção, o de considerar o dano moral como uma mera

²¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 303.

²¹² PERLINGIERI, Pietro *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, p. 307.

²¹³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 124.

²¹⁴ *ibidem*, p. 123.

²¹⁵ *ibidem*, p. 124.

²¹⁶ *ibidem*, p. 125.

consequência a uma lesão qualquer e não como a lesão propriamente dita.²¹⁷

Argutamente observa Schreiber:

“Com efeito, a concreta lesão a um interesse extrapatrimonial verifica-se no momento em que o bem objeto do interesse é afetado. Assim, há lesão à honra no momento em que a honra da vítima vem a ser concretamente afetada, e tal lesão em si configura dano moral. A consequência (dor, sofrimento, frustração) que a lesão à honra possa a vir a gerar é irrelevante para a verificação do dano, embora possa servir de indício para a análise de sua extensão, ou seja, para a verificação da quantificação da indenização a ser concedida. Nem aí, todavia, é imprescindível.”²¹⁸ (grifo do autor)

A despeito da prescindibilidade de tal critério na fixação da compensação por danos morais, conforme entende Schreiber, larga é a sua utilização segundo se demonstrará no capítulo seguinte.

²¹⁷ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 125.

²¹⁸ *ibidem*, p. 126.

3 ANÁLISE DOS DADOS

3.1 Metodologia para a pesquisa

Este trabalho tem como objeto a análise de acórdãos provenientes da 5ª Turma Cível do TJDF, cuja temática englobe, ao menos em parte, a reparação por danos morais, em especial no que se refere às finalidades da condenação e aos critérios adotados para a definição do *quantum debeatur*, cotejando essas informações com a doutrina clássica e a moderna.

Os acórdãos foram acessados por meio do sítio institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Território – TJDF, no campo apropriado para pesquisa jurisprudencial avançada.²¹⁹ O argumento de pesquisa utilizado foi “dano E moral OU morais” limitando-se aos termos presentes na ementa.

Foram objeto de análise as decisões prolatadas pela 5ª Turma Cível entre 1º de outubro de 2011 e 31 de dezembro de 2011, em um total de 113 acórdãos, em sua maioria, provenientes de apelações cíveis.

Objetivando-se o posterior tratamento dos dados, foram selecionadas as seguintes informações a partir dos acórdãos:

- número do processo;
- número do acórdão;
- espécie de recurso;
- data do julgamento;
- nome do relator;
- nome do revisor;
- natureza jurídica do autor da ação e do réu;
- identificação do apelante, agravante ou embargante;

²¹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Consulta Jurisprudência*. Brasília, 2012. Disponível em http://www.tjdft.jus.br/juris/juris_cons3.asp. Acesso entre 15 mar. 2012 e 20 jul. 2012.

- descrição da causa do suposto dano;
- indicação da configuração ou não do dano moral;
- indicação de que se trata ou não de responsabilidade objetiva;
- valores atribuídos pelo autor da ação, pelo julgador de 1º grau e pela turma ao dano moral;
- finalidades expressas para a reparação do dano moral;
- critérios expressos para a aferição do *quantum debeatur*;
- outras especificidades inerentes ao caso concreto e relacionadas à temática do dano moral.

Por finalidade, entende-se “intenção ou motivação para a realização ou existência (de algo); objetivo, propósito, fim”,²²⁰ e por critério uma “norma de confronto, avaliação e escolha”²²¹. Assim, “punir”, “compensar” e “satisfazer” são considerados finalidades e “razoabilidade”, “proporcionalidade” e “equidade”, critérios.

Foram observados os seguintes passos para o colhimento de dados:

1. Salvamento em formato “.docx” dos acórdãos selecionados em diretório apropriado;
2. Leitura dos acórdãos;
3. Destaque, em cor amarela, dos excertos do acórdão que fundamentam a decisão do(s) julgador(es) acerca do dano moral;
4. Destaque, em cor verde, dos vocábulos que se referissem diretamente às finalidades da condenação por dano moral e aos critérios utilizados para a definição do *quantum debeatur*;
5. Inserção dos dados relativos aos acórdãos em arquivo “.xlsx”:
 - 5.1. No caso do surgimento de uma nova finalidade ou critério, insere-se nova coluna em local apropriado;
6. Filtragem dos dados para análise.

²²⁰ HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. CD-ROM.

²²¹ *idem*.

É pertinente observar ainda que, sob a premissa de que não há palavras inúteis em uma sentença, foram consideradas todas as expressões utilizadas nos acórdãos, inclusive as presentes em citações de outros acórdãos, sentenças de 1º grau e doutrina, salvo se o foram apenas para que, a partir delas, o magistrado tece-se argumentos contrários.

3.2 Avaliação dos dados

Conforme já foi explicado no item anterior, o objetivo deste trabalho é a análise das finalidades da condenação à reparação por danos morais e dos critérios adotados para a definição do respectivo *quantum debeat*. Para tanto, realizou-se pesquisa com termos específicos e segundo um recorte temporal determinado, o que resultou na seleção de 113 acórdãos. Todavia, verificou-se que nem todos os acórdãos se prestavam à consecução do objetivo pretendido e, por isso, foram desconsiderados. São os seguintes os motivos para isso:

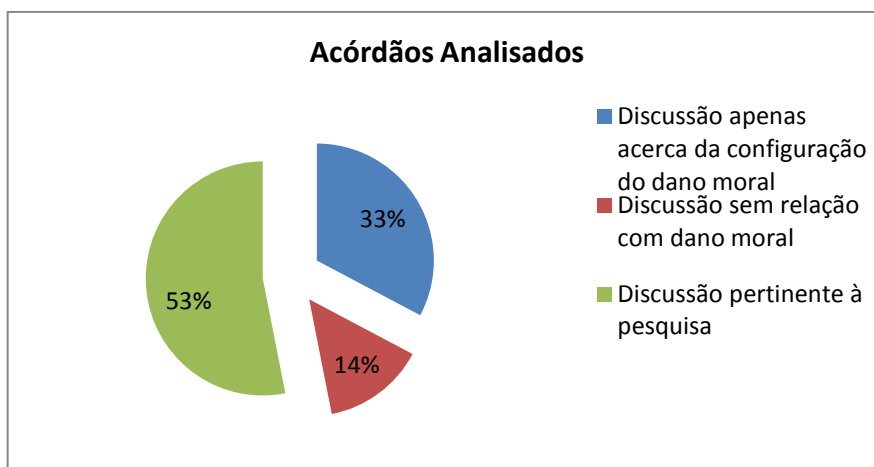
- 37 acórdãos discutiram a configuração ou não do dano moral, sem tecer quaisquer considerações acerca das finalidades da condenação ou dos critérios para a definição do *quantum debeat*,²²²

- 16 acórdãos julgaram questões diversas, sem que houvesse discussão relevante acerca de dano moral.²²³

Dessa forma, dos 113 acórdãos analisados, 60 tiveram seus dados efetivamente contabilizados e fundamentaram a presente pesquisa. Os demais foram descartados pelas razões acima descritas. O gráfico abaixo ilustra essa situação:

²²² Acórdãos nºs 542716, 555972, 558307, 558301, 557301, 557014, 556615; 554997, 553224, 553223, 553215, 553200, 551959, 551387, 551005, 550728, 549519, 548922, 548921, 548897, 548500, 548509, 546957, 545496, 544653, 544568, 544540, 544523, 544522, 544508, 544415, 544411, 543491, 539943, 539942, 539941 e 539894.

²²³ Acórdãos nºs 555984, 555980, 547591, 544145, 541134, 544413, 544538, 550745, 553390, 539909, 542726, 542732, 544272, 552636, 554610 e 556035.



3.2.1 As finalidades expressas para a condenação por danos morais

Na análise dos acórdãos verificou-se a existência de 34 finalidades expressas para a condenação por danos morais. São eles: compensar a dor ou os transtornos; indenizar; amparar; responsabilizar o agente causador; reparar o dano; satisfazer; recompor; ressarcir; minimizar o mal; mitigar a dor; minorar o sofrimento; proporcionar lenitivo ou conforto material; atenuar o sofrimento; amenizar o mal ou as consequências; diminuir os aborrecimentos causados; confortar moralmente; compor os prejuízos morais; suavizar; advertir; admoestar; punir; penalizar; repreender; promover a sanção; educar; moralizar; reprimir; coibir a repetição do ato lesivo ou de comportamentos descompromissados; inibir; gerar mudança; estimular ações corretivas; desestimular; evitar condutas semelhantes ou a reincidência; e prevenir.

O gráfico abaixo reflete o quantitativo, por acórdão, de finalidades expressas para a condenação por danos morais:



Os dados indicam ainda uma média aritmética de 5,23 finalidades expressas por acórdão.

Pode-se constatar, todavia, que dentre as finalidades citadas muitas são sinônimas, fato que torna necessária a sua reclassificação em 3 grupos distintos, quais sejam: a reparatória ou compensatória, a punitiva e a educativa. O resultado pode ser conferido na tabela a seguir:

Finalidades da Condenação por Dano Moral		
Reparatória	Punitiva	Educativa
Diminuir os aborrecimentos causados	Responsabilizar o agente causador	Coibir a repetição do ato lesivo ou de comportamentos descompromissados
Compensar a dor ou os transtornos	Punir	Evitar condutas semelhantes ou a reincidência
Proporcionar lenitivo ou conforto material	Penalizar	Estimular ações corretivas
Amenizar o mal ou as consequências	Promover a sanção	Advertir
Compensar os prejuízos morais	Reprimir	Admoestar
Indenizar		Repreender
Amparar		Educar
Reparar o dano		Inibir
Satisfazer		Gerar mudança
Recompensar		Desestimular
Ressarcir		Moralizar
Minimizar o mal		Prevenir
Mitigar a dor		
Minorar o sofrimento		
Atenuar o sofrimento		
Confortar moralmente		
Suavizar		

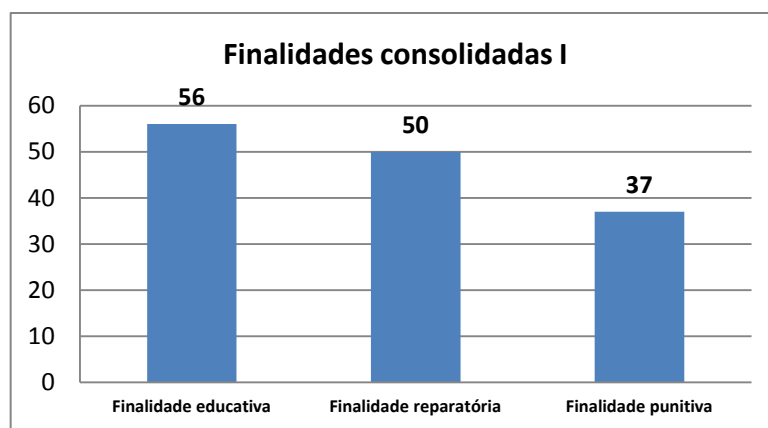
Seguindo-se essa divisão é possível chegar aos seguintes dados, vez mais ilustrados pelas tabelas que se seguem:

- 37, ou 61,67% dos acórdãos incluíram ao menos um objetivo expresso que

reflita a finalidade punitiva da condenação por danos morais;

- 50, ou 83,33% dos acórdãos incluíram ao menos um objetivo expresso que reflita a finalidade reparatória da condenação por danos morais;

- 56, ou 93,33% dos acórdãos incluíram ao menos um objetivo expresso que reflita a finalidade educativa da condenação por danos morais;



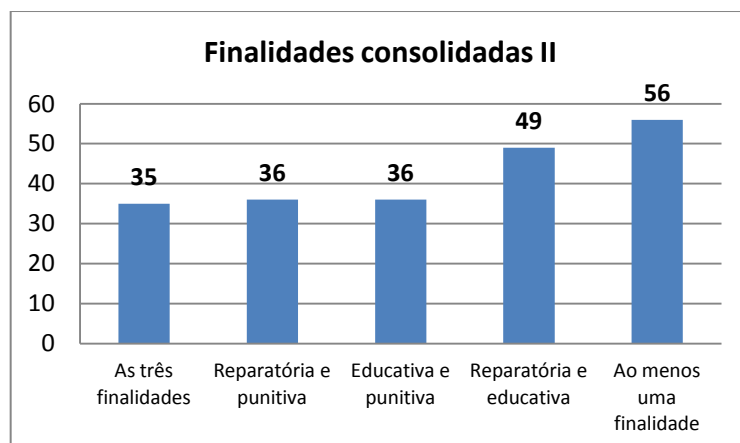
- 35, ou 58,33% dos acórdãos incluíram finalidades expressas que reflitam todas as três finalidades da condenação por danos morais;

- 36, ou 60% dos acórdãos incluíram finalidades expressas que reflitam as finalidades reparatória e punitiva da condenação por danos morais;

- 36, ou 60% dos acórdãos incluíram finalidades expressas que reflitam as finalidades punitiva e educativa da condenação por danos morais;

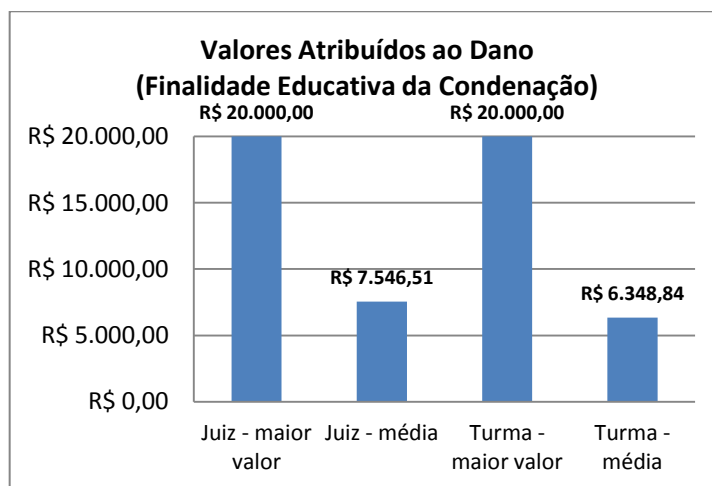
- 49, ou 81,67% dos acórdãos incluíram finalidades expressas que reflitam as finalidades reparatória e educativa da condenação por danos morais;

- 56, ou 93,33% dos acórdãos incluíram finalidades expressas que reflitam ao menos uma das três finalidades da condenação por danos morais.



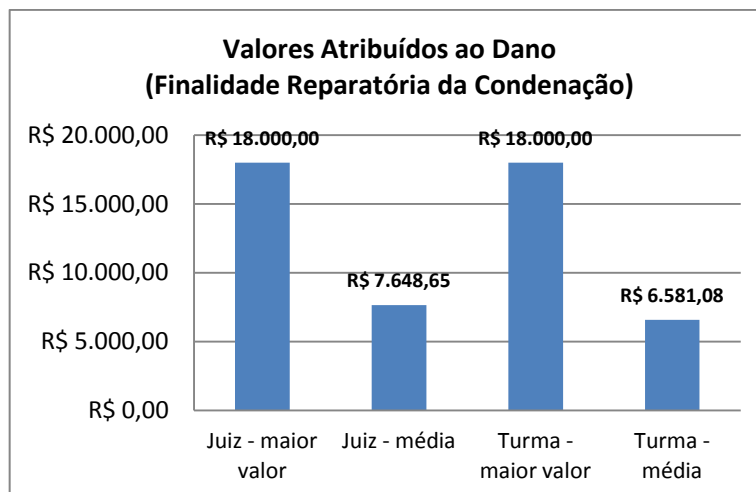
Nota-se uma predileção pela finalidade educativa da reparação do dano moral, presente em mais de 90% dos acórdãos analisados. Talvez aí se encontre parte da razão para os baixos valores conferidos a título de danos morais. Pode-se dizer, nesse sentido, que a condenação adquire um caráter eminentemente simbólico. De outra maneira não se poderia explicar a condenação de empresa de grande porte ao pagamento de R\$ 2.000,00 a título de indenização por danos morais no caso de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito.²²⁴

Dos 56 acórdãos que incluíram ao menos um objetivo expresso que reflete a finalidade educativa da condenação por danos morais, em 43 ficou configurada, pela turma julgadora, a existência do referido dano. Nesses casos, obteve-se, quando disponíveis nos acórdãos, os seguintes valores atribuídos aos danos:

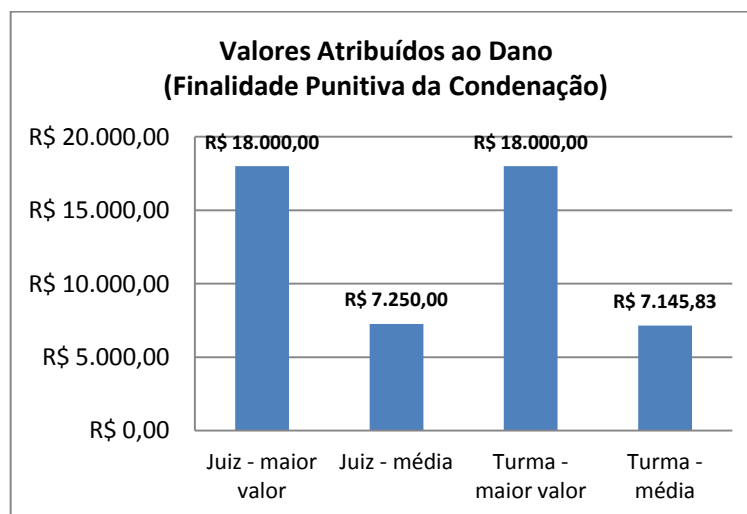


Dos 50 acórdãos que incluíram ao menos um objetivo expresso que reflete a finalidade reparatoria da condenação por danos morais, em 37 ficou configurada, pela turma julgadora, a existência do referido dano. Nesses casos, obteve-se, quando disponíveis nos acórdãos, os seguintes valores atribuídos aos danos:

²²⁴ BRASIL. TJDFT. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 557.265, 20080110194404APC. Relator Des. Romeu Gonzaga Neiva, julgado em 7 dez. 2011, DJ 11 jan. 2012 p. 211.



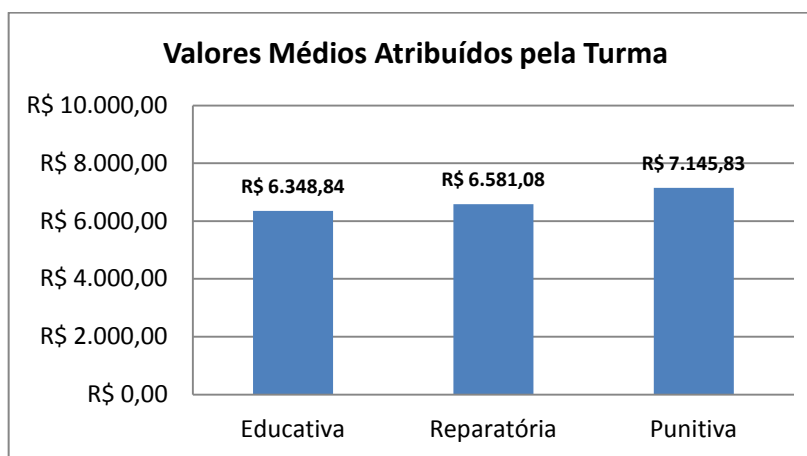
Por fim, dos 37 acórdãos que incluíram ao menos um objetivo expresso que reflete a finalidade punitiva da condenação por danos morais, em 24 ficou configurada, pela turma julgadora, a existência do referido dano. Nesses casos, obteve-se, quando disponíveis nos acórdãos, os seguintes valores atribuídos aos danos:



Quanto aos valores atribuídos, pelos julgadores, aos danos, verifica-se a tendência da desvalorização por parte das turmas em relação aos valores das condenações em 1º grau. Nota-se um decréscimo de 15,87% quando se tem em conta a finalidade educativa, 13,96% para a finalidade reparatória e 1,44% quando se considera a finalidade punitiva. Em grande parte das decisões, tal atuação não pode ser justificada, tendo-se em vista o valor simbólico da condenação. Considere-se o exemplo, mais uma vez relacionado à inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito, em que o juiz de 1º grau condenou a parte ofensora a pagar a quantia de

R\$ 3.000,00.²²⁵ Face ao recurso, a Turma reduziu o montante para sua metade, R\$ 1.500,00, alegando, dentre outros motivos, que o valor anterior enriqueceria ilicitamente a ofendida. Ora, não é crível que a diferença, de pouco mais de 2 salários mínimos, seja capaz de enriquecer a vítima, até mesmo porque não foram tecidas quaisquer considerações a respeito da situação econômica da vítima e do ofensor no referido acórdão.

O gráfico a seguir ilustra a diferença entre os valores médios atribuídos, pela Turma, ao dano:



A finalidade punitiva, presente em mais de 60% dos acórdãos analisados, possui modesta influência na fixação do *quantum debeat*. Segundo os valores atribuídos pela turma, quando presente a finalidade educativa, condena-se a uma média de R\$ 6.348,84, e quando presente a finalidade punitiva, o valor é de R\$ 7.145,83. A diferença é de apenas 12,55%. Pouco ajuda a verificação do maior valor de condenação, que, entre os acórdãos analisados, foi de apenas R\$ 18.000,00. Como já se arguiu, a finalidade punitiva defendida pelos magistrados em quase nada lembra os *punitive damages* da *common law*, bastando para isso a verificação dos valores simbólicos presente em suas decisões.

A análise de alguns casos particulares parece indicar que a menção das finalidades para a condenação está pouco relacionada à fixação do *quantum debeat*. Em razão de sua constante ocorrência, tome-se o exemplo das condenações provenientes de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito.

²²⁵ BRASIL. TJDFT. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 556.617, 20060710254133APC. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 14 dez. 2011, DJ 10 jan. 2012 p. 119.

Dos acórdãos analisados, houve 27 condenações a esse título, cujo maior valor foi de R\$ 15.000,00 e o menor, apenas 10% desse montante, R\$ 1.500,00. Em ambos os acórdãos extremos^{226 e 227}, no entanto, verifica-se a menção expressa a cada uma das três finalidades discutidas nesse trabalho. Cabe destacar ainda que os dois acórdãos são da lavra do mesmo relator, tendo sido julgados no mesmo dia.

Por fim, verifica-se, na quase totalidade das decisões proferidas, a mera citação das finalidades para a condenação sem que os julgadores mencionem em que aspectos relacionados ao caso concreto determinada decisão cumpre seu caráter educativo, reparador ou punitivo.

3.2.2 Os critérios expressos para a definição do *quantum debeatur*

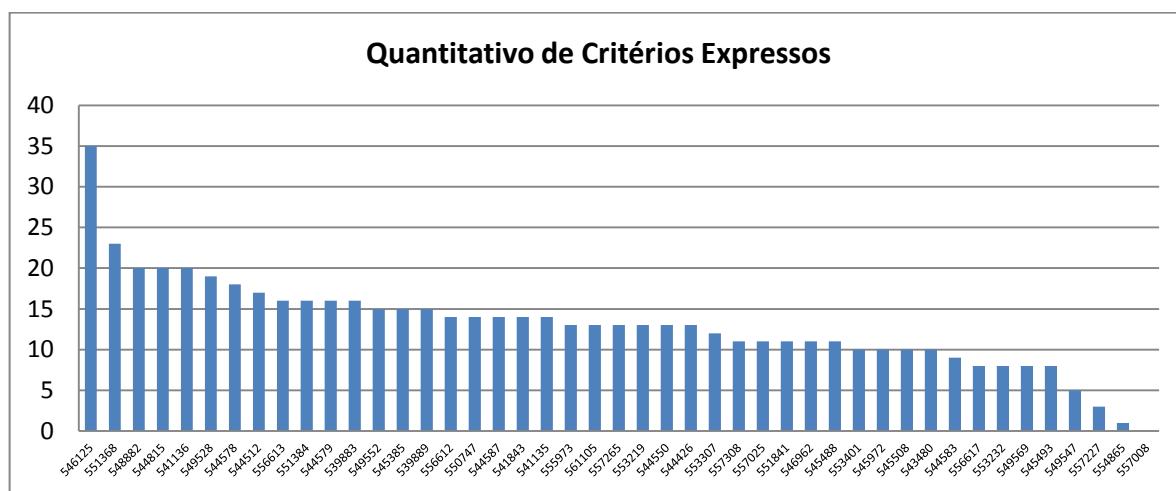
Na análise dos acórdãos verificou-se a existência de 91 critérios expressos para a definição do *quantum debeatur* em função de condenação por danos morais. São eles: razoabilidade; proporcionalidade; exemplaridade; adequação; isonomia; prudente arbítrio do juiz; livre convencimento do juiz; discricionariedade do juiz; experiência do juiz; provas; cautela; justa composição; justiça; moderação; ponderação; parcimônia; comedimento; equilíbrio; condignidade; equidade; bom senso do juiz; circunstâncias do dano ou do caso concreto; gravidade do dano; transtorno gerado ou experimentado; prejuízos sofridos; conduta ilícita; natureza do dano; natureza do direito violado; condições do dano; extensão do dano; dano sofrido; lesão causada; intensidade do dano; dimensão do dano; grau de lesividade; grau do dano ou da ofensa moral; impactos da conduta lesiva; apropriado ao dano; expressividade da relação jurídica originária; repercussão do dano ou da ofensa; resultado; consequências do ato; efeitos do dano ou do sofrimento; marcas do evento; intensidade da dor ou do sofrimento; extensão da dor; situação econômica atual; realidade da vida; peculiaridades do caso; quantidade de integrantes dos polos da lide; condição do bem jurídico ofendido; valor do negócio; potencial econômico do ofensor; capacidade patrimonial ou econômica das partes; condição socioeconômica do ofensor; condição socioeconômica do ofendido; condições do

²²⁶ BRASIL. TJDFT. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 556.613, 20100110249938APC. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 14 dez. 2011, DJ 10 jan. 2012 p. 128.

²²⁷ BRASIL. TJDFT. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 556.617, 20060710254133APC. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 14 dez. 2011, DJ 10 jan. 2012 p. 119.

ofendido; condições do ofensor; repercussão social do ato lesivo; imagem pública e conceito do ofendido; porte empresarial das partes; atividades comerciais das partes; situação específica ou peculiaridades das partes; possibilidades do ofensor; necessidades da vítima; evitar extorsão ou espertezas; visão solidária da dor sofrida; não pode parecer "prêmio"; não pode ser demasiadamente elevada; não pode resultar em vantagem indevida; não pode gerar o enriquecimento sem causa; não pode ensejar vingança; não pode ser valor irrisório ou insignificante ou ínfimo; não pode ser abusivo ou insuportável ou excessivo; não pode ensejar prejuízo financeiro ao ofensor; não pode ensejar alteração na situação financeira dos envolvidos; não pode superar o preço de mercado da "coisa"; critérios doutrinários e jurisprudenciais; casos análogos; experiência do direito comparado; entendimento da turma; escala lógica de valores; resultados abstratamente considerados; comportamento do ofensor; analogia e princípios gerais do direito; comportamento do ofendido; grau de responsabilidade; reprovabilidade da conduta; intensidade de culpa; culpa concorrente do ofendido; grau de culpa ou dolo do ofensor.

O gráfico abaixo reflete o quantitativo, por acórdão, dos critérios expressos para a fixação do *quantum debeatur* em função de condenação por danos morais:

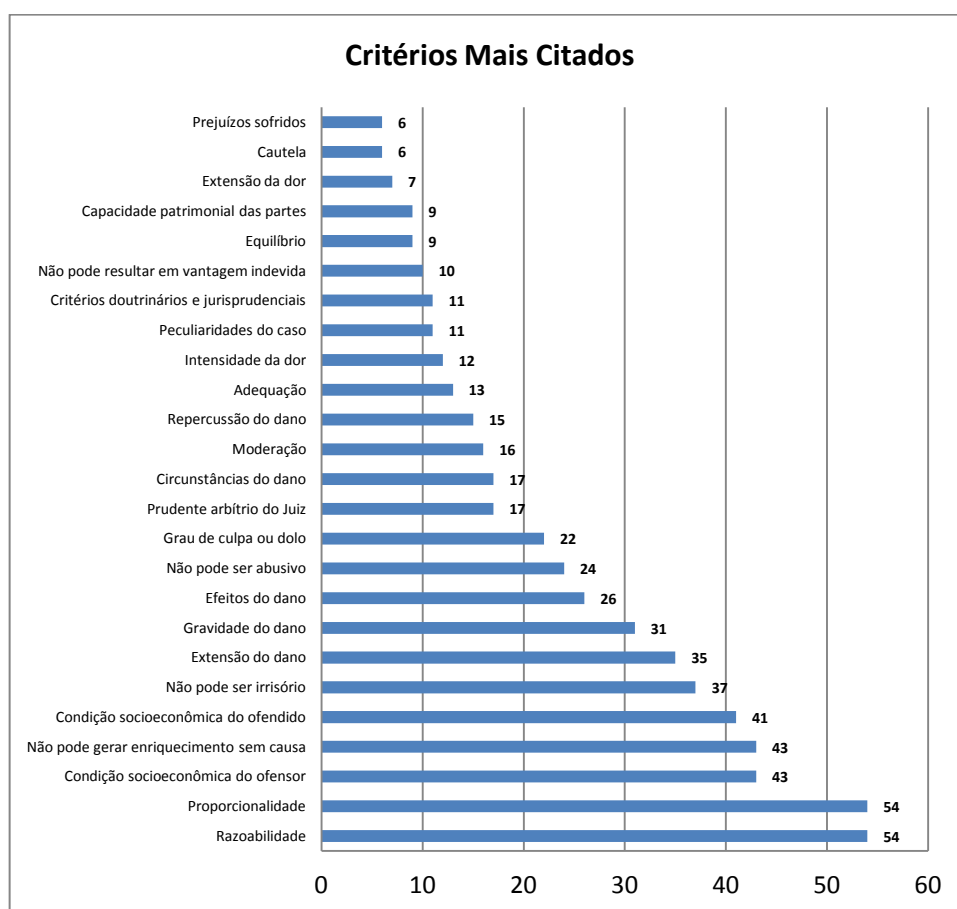


Os dados indicam ainda uma média aritmética de 11,53 critérios expressos por acórdão.

Chama atenção a utilização aparentemente indiscriminada de critérios para a

definição do *quantum debeatur*. Conforme se verá adiante, determinado acórdão²²⁸, em poucas páginas, trouxe à baila 35 critérios para a fixação do *quantum* devido. O sopesamento de tantos critérios parece improvável, o que se comprovará por meio de uma leitura do acórdão. Percebe-se que a quase totalidade dos itens citados sequer recebe considerações relativas ao caso concreto de forma que se pode concluir pela ausência de motivação no que tange à utilização de tais critérios.

Os critérios citados em ao menos 10% (6) da totalidade dos acórdãos analisados foram os seguintes:



Nota-se aqui a ausência, entre os cr terios mais citados, do que se refere à condição pessoal do ofendido, excluídos  i quaisquer parâmetros que se refiram   sua condição econômica e ao seu nível social. Como bem coloca a professora Maria Celina Bodin: “as condições pessoais da vítima, desde que revelem aspectos de seu patrimônio moral, deverão ser cuidadosamente sopesadas, para que a reparação

²²⁸ BRASIL. TJDFT. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 546.125, 20100111016653APC. Relator Des. Luciano Vasconcellos, julgado em 19 out. 2011, DJ 7 nov. 2011 p. 321.

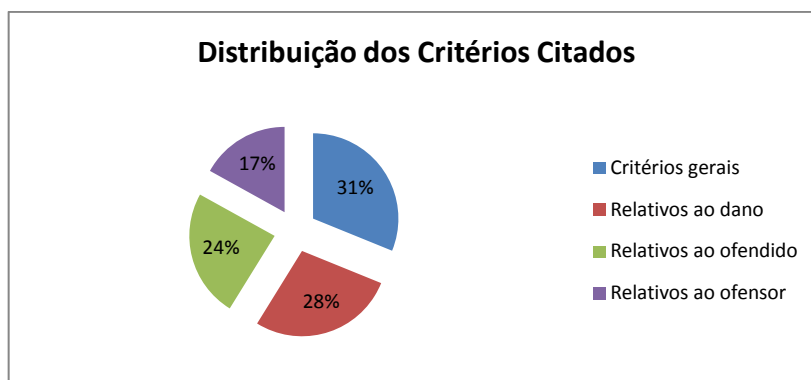
possa alcançar [...] a singularidade de quem sofreu o dano.”²²⁹ Já se disse, em outro momento, que, a partir da análise da condição pessoal da vítima, é possível se chegar a uma decisão mais justa no que tange à fixação do *quantum debeatur*. Isso porque tal análise possibilita uma determinação mais acurada dos efeitos do dano causado.

Assim como ocorreu quando da análise das finalidades da condenação por dano morais, os critérios citados acima podem ser classificados em grupos temáticos, quais sejam: gerais; relativos ao dano; relativos ao ofensor; e relativos ao ofendido. Em alguns casos, o mesmo critério foi alocado em mais de um grupo. O resultado pode ser conferido na tabela a seguir:

Critérios para a Definição do <i>quantum debeatur</i>			
Gerais	Relativos ao dano	Relativos ao ofensor	Relativos ao ofendido
critérios doutrinários e jurisprudenciais	Peculiaridades do caso	Capacidade patrimonial das partes	Capacidade patrimonial das partes
prudente arbítrio do juiz	Repercussão do dano	Condição socioeconômica do ofensor	Não pode gerar enriquecimento sem causa
equilíbrio	Circunstâncias do dano	Não pode ser abusivo	Não pode resultar em vantagem indevida
razoabilidade	Gravidade do dano	Grau de culpa ou dolo	Condição socioeconômica do ofendido
proporcionalidade	Intensidade da dor		Não pode ser irrisório
cautela	Extensão do dano		
moderação	Efeitos do dano		
Adequação	Prejuízos sofridos		
	Extensão da dor		

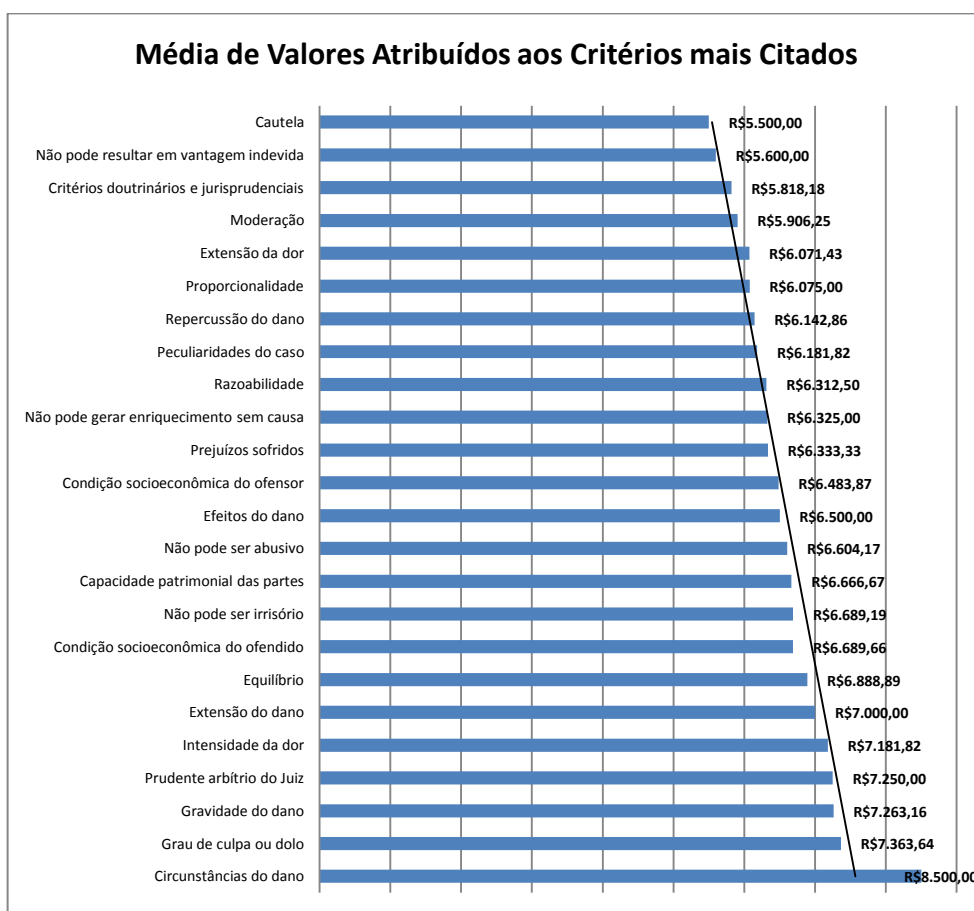
Seguindo-se essa divisão verifica-se que, nos 60 acórdãos analisados, os critérios acima foram citados 578 vezes. Desse total, 180 referem-se a critérios gerais, 160 são relativos ao dano, 140 ao ofendido e 98 ao ofensor. Obtém-se o seguinte percentual:

²²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 307.



Percebe-se uma predileção pelos critérios gerais que, como se verá a seguir, parecem exercer certa influência sobre o valor da condenação.

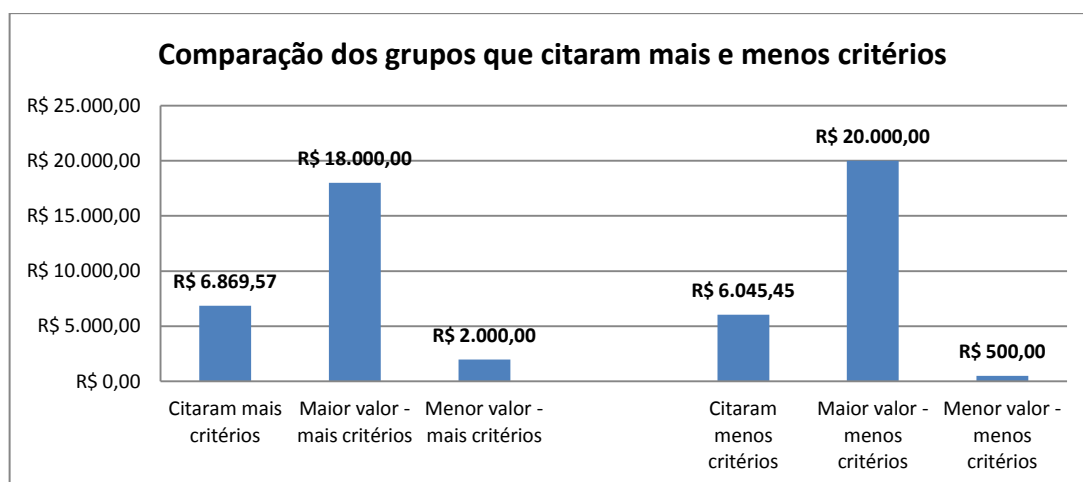
Análise interessante é a verificação de quais critérios tiveram o condão de aumentar ou diminuir o valor da compensação. O gráfico abaixo leva em consideração os critérios citados anteriormente, à exceção do item “adequação”, por ter retornado apenas uma resposta e, por isso, indevida sua utilização para fins estatísticos. Procedeu-se à média aritmética dos valores das condenações em cujos acórdãos esses critérios foram citados:



Vale citar ainda que a média aritmética das condenações foi de R\$ 6.466,67, sendo o menor arbitramento de R\$ 500,00 e o maior, R\$ 20.000,00.

No gráfico anterior é possível a verificação de que a menção a critérios gerais tende a reduzir a média de valor da condenação. Basta para isso verificar que abaixo do valor médio de condenação (R\$ 6.466,67) há cinco dos sete itens selecionados ao respectivo grupo temático. Cabe aqui a crítica de que tais critérios, justamente em razão de sua generalidade, não podem ser utilizados diretamente para a fixação do *quantum*, servindo tão somente na avaliação de que critérios específicos podem ser mais bem aplicados ao caso concreto.

Dividindo-se, em dois grupos, o conjunto de 45 acórdãos nos quais houve condenação a título de danos morais, os 23 que mais citaram critérios e os 22 que menos citaram, obtém-se, respectivamente, a seguinte média de valores: R\$ 6.869,57 e R\$ 6.045,45. No primeiro grupo, o maior valor de condenação foi de R\$ 18 mil e, no segundo, R\$ 20 mil.



Os valores acima parecem indicar que a quantidade de critérios citados tem certa influência na definição do *quantum*. Apesar de a regra ser quebrada no que tange ao item maior valor, a tendência verificada nos dois outros é a de que quanto mais critérios citados maior é o valor da condenação. Em outras palavras, a tendência é de que a suposta ponderação de uma quantidade maior de critérios leve o juiz a condenar o ofensor ao pagamento de uma compensação maior.

Outra constatação importante foi a de que em 14 acórdãos analisados

verificou-se que a Turma, a despeito de concordar com a ocorrência do dano moral, reduziu o seu valor. Nesses casos específicos, enquanto a média de valores da condenação no Juízo de 1º grau foi de R\$ 9.357,14, a média dos montantes fixados pela Turma foi de R\$ 4.462,29, ou seja, para menos da metade. Os três critérios mais utilizados nesses acórdãos foram: razoabilidade, proporcionalidade e proibição de enriquecimento sem causa. Como já se argumentou anteriormente, os dois primeiros critérios, dada a sua generalidade, não devem ser utilizados de forma gratuita, mas somente para guiar o magistrado na escolha de quais critérios específicos mais bem se aplicam ao caso concreto. O critério da proibição do enriquecimento sem causa revela-se, portanto, o mais significativo. As incoerências desse critério já foram tratadas ao longo desse trabalho. Cabe aqui tão somente ressaltar que esse critério tem sido utilizado como uma espécie de coringa para justificar as reduções, sem que se verifique a avaliação concreta de outros critérios para tanto. Como também já se argumentou, é pouco crível que os valores das condenações em 1º grau fossem capazes de promover o enriquecimento de qualquer dos ofendidos (o maior valor fixado foi de R\$ 15.000,00). Além disso, em nenhum desses acórdãos verificou-se a existência de fundamentação no sentido de se demonstrar a impropriedade do suposto enriquecimento.

3.2.3 Análise de acórdão

A amplitude do arbítrio do julgador pode inclusive ser atestada face à quantidade de critérios citados em uma mesma decisão, conforme ilustra o acórdão nº 546125, referente ao processo 20100111016653APC, julgado pela 5ª Turma Cível do TJDF e parte do *corpus* dessa pesquisa²³⁰. A ementa e os votos do julgado foram transcritos no capítulo Anexo. Conforme se poderá verificar, foram destacadas as finalidades expressas para a condenação por dano moral, os critérios para a definição do *quantum*, bem como algumas considerações que cotejam o caso concreto a esses critérios.

Em votos relativamente curtos constatou-se a existência de oito finalidades

²³⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Acórdão n. 546125, 20100111016653APC, 5ª Turma Cível, Relator Luciano Vasconcellos, julgado em 19 out. 2011, DJ 7 nov. 2011 p. 321.

para a reparação por danos morais citadas 24 vezes conforme demonstra a tabela abaixo:

Finalidade	Menção
Evitar a repetição da conduta	6
Caráter pedagógico ou educativo da indenização	5
Compensar	4
Punir o ofensor	3
Prevenir	2
Reprimir	1
Reparar o dano	1
Minimizar a dor da vítima	1
Distrair ou aplacar a dor do ofendido	1
Total	24

Seguindo-se a mesma metodologia, obteve-se uma lista de 35 critérios para a fixação do *quantum* devido, citados 69 vezes, conforme revela a tabela a seguir:

Crítérios	Menção
Razoabilidade	7
Proporcionalidade	7
Intensidade ou grau da culpa ou do dolo do agente	5
Não pode ser fonte de enriquecimento ilícito de quem recebe	5
Prudente arbítrio ou livre convencimento do julgador	4
Situação socioeconômica das partes	4
Extensão do dano	3
Equilíbrio	2
Equidade	2
Situação específica das partes	2
Não pode ser ínfimo ou absolutamente insignificante	2
Gravidade da ofensa	2
Contornos fáticos e circunstanciais	2
Margens estabelecidas na legislação	1
Analogia e princípios gerais do direito	1
Força criativa da doutrina e da jurisprudência	1
Não pode considerar apenas as possibilidades do devedor	1
Não pode considerar apenas as necessidades da vítima	1
Não pode ultrapassar a capacidade econômica do agente	1
Não pode ser a causa da ruína de quem paga	1
Necessidades da vítima	1
Não pode superar o valor de mercado da coisa	1
Intensidade do sofrimento	1
Natureza da ofensa	1
Repercussão da ofensa	1

Crítérios	Menção
Posição social e política do ofendido	1
Provas	1
Repercussão da lesão	1
Quantidade de integrantes do polo proponente da lide	1
Regras da experiência e do bom senso	1
Isonomia	1
Expressividade da relação jurídica originária	1
Prejuízos emocionais	1
Dor exposta pelo ofendido	1
Descumprimento anterior de decisão judicial	1
Total	69

Obtém-se, portanto, um total de 43 itens expressos, citados 93 vezes.

Cabe tecer aqui algumas considerações acerca dos dados obtidos:

1. A quase totalidade dos critérios está inserida no voto do Relator, que restou vencido. Percebe-se, todavia, que o julgador jungiu apenas um desses critérios ao caso concreto. Aliás, tal se dá em apenas um parágrafo, que se encontra destacado no capítulo Anexo. Nele o magistrado argumenta que, apesar de o bloqueio do telefone celular por mais de cem dias ter provavelmente prejudicado o ofendido, reconhecido professor e conferencista, não seria crível que ele não possuísse à época outros meios de comunicação, o que ensejaria a redução do valor da condenação dada pelo juiz de 1º grau. Pode-se afirmar, portanto, que foi ali efetivamente considerado apenas o critério relativo à condição socioeconômica do ofendido o qual, apesar dos aborrecimentos causados pelo bloqueio de sua linha telefônica, teria condições de buscar outras formas de manter os contatos necessários.

Apesar de citados no voto, não há considerações relevantes acerca dos seguintes critérios: extensão do dano, gravidade da ofensa, grau de culpa do ofensor, capacidade econômica do agente, etc. Também se olvidou o juiz de pronunciamentos a respeito do porque considerava que a quantia por ele proposta não haveria de ser considerada irrisória pelo ofensor (empresa de grande porte) e pelo ofendido (reconhecido profissional de sua área). Caberia ainda indagar, após a menção a critérios relativos à dor exposta pelo ofendido e os prejuízos emocionais, como seria o julgador capaz de avaliá-los.

2. O primeiro vogal, cuja decisão foi acompanhada pelo segundo, se absteve de citar critérios diversos para a fixação do *quantum*, bastando, para indeferir o recurso da parte ofensora, explanar que houve reiterado descumprimento de decisões judiciais anteriores acerca do caso. No entender desses julgadores tal comportamento revela-se ainda mais grave que o próprio dano em discussão. Importa ressaltar que o relator, a despeito de fazer constar em seu voto os mais diversos e amplos critérios, absteve-se de considerar questão tão importante quanto essa, que poderia imprimir maior objetividade à sua decisão.

Quanto a este item, pode-se inferir que a tese vencedora impingiu um caráter nitidamente punitivo à fixação do *quantum*. Não fossem os reiterados descumprimentos judiciais, a parte ré provavelmente teria seu recurso provido e o valor da condenação teria sido diminuído.

3. Entre os critérios aventados poucos parecem realmente guiar o julgador em sua decisão. Uma grave consequência dessa situação será a dificuldade que terá a parte que eventualmente deseje interpor recurso. Nessas condições não existirão fundamentos a serem questionados pela parte interessada, no que tange ao estabelecimento de critérios para a avaliação do dano moral.

Tal fenômeno já havia sido constatado pela professora Maria Celina Bodin:

“No âmbito da problemática da reparação dos danos morais, muito mais relevante, porém, parece ser o fato de que os magistrados não costumam motivar com precisão como alcançaram o valor indenizatório. Utilizando, na maioria dos casos, apenas os argumentos genéricos da “razoabilidade” e do “bom senso”, e quase sempre com base apenas na intuição, a determinação do valor devido – composto pela quantia compensatória somada à atribuída a título de punição – não está vinculada a qualquer relação de causa e efeito, de coordenação com os fatos provados no processo, deixando sem detalhamento o percurso que levou o julgador a atribuir aquela quantia, em lugar de outra qualquer. O resultado é a notória disparidade, lamentável consequência das arbitrariedades que surgem em lugar dos arbitramentos determinados pelo legislador.”²³¹

Relevante ainda a consideração acerca do tema feita pelo professor Pablo Malheiros:

“Imperiosa, portanto, a função do magistrado de fundamentar corretamente as decisões com extremo zelo, tendo em vista as cláusulas gerais oferecerem a ele o trabalho de criar a solução justa

²³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003, p. 37.

para o caso concreto, por não serem elas hipóteses fechadas da conduta e da consequência, e sim vagas para que o juiz aplique o direito de acordo com os princípios e valores do sistema observada a evolução social.”²³²

Pode-se concluir, portanto, que a ausência de motivação na eleição dos critérios aventados para a definição do *quantum debeat* é um dos grande problemas que permeiam o tema.

²³² FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos morais e a pessoa jurídica*. São Paulo: Método, 2008, p. 233.

CONCLUSÃO

A valoração do dano moral, segundo demonstram os dados analisados no presente trabalho, encontra diversos desafios na práxis da jurisprudência pátria.

Entre as finalidades expressas para a condenação por danos morais, destacam-se as que pretendem lhe impor um caráter punitivo. A despeito da frutífera discussão acerca da pertinência ou não da utilização de tal finalidade em face das novas considerações acerca da teoria da responsabilidade civil, o que se percebe é que o fato de o julgador mencionar que está levando em conta o caráter punitivo da condenação pouco influencia sua valoração. Como se demonstrou no capítulo Análise dos Dados, quando foi mencionada a finalidade punitiva da condenação o maior valor a ela atribuído pela Turma foi de R\$ 18 mil e a respectiva média, de R\$ 7.145,83. A título de comparação, quando a finalidade mencionada foi a reparatória o maior valor a ela conferido pela Turma também foi de R\$ 18 mil e a respectiva média, um pouco mais baixa, de R\$ 6.581,08. Considerando-se a média, a diferença é de menos de 10%, o que reflete uma aparente indiferença para com o conceito próprio de punição. Cabe vez mais ressaltar que, a partir dessa constatação, pode-se concluir que o instituto dos *punitive damages* da *Common Law* em nada se assemelha ao pretense caráter punitivo encontrado nas decisões analisadas.

Além disso, a finalidade educativa, a mais citada entre as funções da condenação por danos morais, parece explicar em partes, como se viu, os baixos valores presentes nos acórdãos. Isso ocorre porque, sob esse fundamento, a condenação adquire um viés simbólico e que parece privilegiar a condição do ofensor, suposto discente, em detrimento da condição do ofendido. A ampla reparação deixa de ser o objetivo principal. O quantitativo cada vez maior de demandas por ofensas morais parece desafiar o caráter educativo que se quer impingir à condenação.

Quanto aos critérios para a fixação do *quantum debeatur* ressaltam-se três aspectos: 1) a multiplicidade de critérios citados por acórdão; 2) a preferência por critérios gerais; e 3) a ausência de fundamentação na utilização de tais critérios.

A pesquisa nos acórdãos revelou que em muitos deles foram mencionados

mais de 15 critérios, chegando a 35 em caso já citado nesse trabalho. Apesar de não se demonstrar crível a possibilidade de avaliação de tantos critérios, os dados demonstraram a predisposição à condenação a maiores valores nos casos em que mais critérios foram expressos.

Observou-se ainda que a predileção por critérios gerais tem o condão de diminuir os valores das condenações. Conforme se argumentou, critérios dessa natureza não deveriam exercer tal influência já que sua utilidade estaria apenas na determinação de quais critérios específicos seriam aplicáveis ao caso concreto. Assim, o critério da razoabilidade seria a régua utilizada para se medir a propriedade na consideração de quais condições pessoais do ofendido seriam relevantes para a aferição do *quantum debeatur*.

Todavia, de maneira geral, pode-se perceber que não há vinculação clara entre os critérios escolhidos e a fixação dos valores. Essa percepção se deve, conforme já se disse, à desmesurada eleição de critérios, o que já torna, de início, dificultosa a ponderação necessária. No entanto, o que salta aos olhos é a endêmica ausência de fundamentação dos critérios utilizados, conforme se demonstrou no acórdão analisado anteriormente. Ao menos dois aspectos dessa ausência de motivação puderam ser percebidos: 1) não há explicitação do porquê determinado critério foi selecionado; e 2) inexistência de fundamentação de como determinado critério reverberará na fixação do *quantum debeatur*.

Os acórdãos analisados nesse trabalho revelaram que os julgadores, em geral, parecem se satisfazer com a trivialidade da menção do critério, olvidando-se de motivar sua utilização. Uma consequência grave dessa situação, como já se viu, é o cerceamento da possibilidade de recurso das partes. Outra consequência tão ou mais grave é a constatação de que, quanto ao tema, o aclamado prudente arbítrio do juiz pode se revelar instrumento de descuidada arbitrariedade. Resta, por fim, em certo ponto, prejudicada uma análise mais cuidadosa dos critérios eleitos em face das novas tendências da responsabilidade civil já que, como se quis demonstrar, geralmente se encontram despidos de real significado para o caso concreto.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ronaldo Alves. *Dano moral e sua valoração*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3 ed. rev. at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2012.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 21 mai. 2012.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 21 mai. 2012.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 21 abr. 2012.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 541.843, 20030710215610APC. Ementa: APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – AUTORIZAÇÃO NEGADA – SENTENÇA QUE JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL – APELAÇÃO – ALEGAÇÃO DE SER LÍCITA A SUA CONDUTA – AUSÊNCIA DE DANO MORAL A SER RESSARCIDO – ALTERNATIVAMENTE – MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSO DESPROVIDO. I – A il. Juíza sentenciante sustentou o reconhecimento do dano moral, bem como o consequente dever em indenizar, ao argumento de que a situação emergencial caracterizou dor moral e não mero constrangimento ou dissabor. III - A il. Magistrada a quo, ao fixar o valor a título de danos morais, deve atender aos princípios informativos da proporcionalidade e da razoabilidade, além de se observar a tríplice finalidade da indenização: compensatória, educativa e punitiva. Relator Des. Lecir Manoel da Luz, julgado em 05 out. 2011, DJ 19 out. 2011 p. 162.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 544.426,

20101210012294APC. Ementa: CIVIL. INDENIZAÇÃO. PROTESTO INDEVIDO. DANO MORAL. ATO ILÍCITO E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. DANO IN RE IPSA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. VALOR ARBITRADO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 1. Restando comprovado o ato ilícito (protesto indevido) e a posterior inclusão do nome do autor em órgão de proteção ao crédito (SERASA), exsurge para o causador do dano o dever de repará-lo. 2. O protesto de título já quitado configura ato ilícito que, por si só, enseja a indenização por dano moral, tratando-se de dano in re ipsa que ostenta, em si mesmo, lesividade satisfatória e suficiente a gerar a obrigação de indenizar. 3. Fixado o dano moral em valor que se encontra desproporcional ao dano sofrido, sua minoração é medida que se impõe, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. Relator Des. João Egmont, julgado em 21 out. 2011, DJ 03 nov. 2011 p. 153.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 544.550, 20100910242187APC. Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS – ASSESSORIA JURÍDICA – SERVIÇOS NÃO PRESTADOS – DANOS MORAIS E MATERIAIS CARACTERIZADOS – VALORES FIXADOS CORRETAMENTE – GRATUIDADE DE JUSTIÇA – PRECLUSÃO LÓGICA – SENTENÇA MANTIDA 1) - Não havendo a prestação dos serviços contratados, pagos antecipadamente, caracterizados estão os danos material e moral, já que ficou o contratado sem assessoria jurídica, esperando por mais de um ano por serviço que não veio. 2) - Correta a sentença que no arbitramento do valor da indenização por danos morais levou em consideração o grau de lesividade da conduta ofensiva e a capacidade econômica das partes, chegando a uma quantia moderada, não resultando em inexpressiva para o causador do dano nem em enriquecimento ilícito para o ofendido. 3) - O pedido de gratuidade de justiça se mostra prejudicado por força da preclusão lógica quando a parte recorrente, a despeito de ter postulado tal benefício, efetua o pagamento do preparo recursal, demonstrando possuir capacidade financeira para suportar os custos da demanda. 4) - Recurso conhecido e não provido. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 21 out. 2011, DJ 07 nov. 2011 p. 322.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 544.578, 20090111730187APC. Ementa: PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CDC - ATENDIMENTO DE URGÊNCIA – EXAMES E MÉDICO NÃO CONVENIADOS – NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO TOTAL – DANOS MORAIS – CABIMENTO -VALOR DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA 1) – - Submetem-se os planos de saúde às normas do Código de Defesa do Consumidor, como fornecedoras de serviço de saúde. Súmula Nº.469 do STJ. 2) – Cabe, exigindo o caso concreto, a inversão do ônus da prova, nas demandas em que se tem relação de consumo, como admitido pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. 3) - Sendo associado de plano de saúde obrigado, pela urgência do caso, a ser atendido por profissional de saúde especialista e não conveniado, e comprovada a necessidade de intervenção cirúrgica, em razão do risco de vida, não pode o plano de saúde não ressarcir na integralidade as despesas, sob o argumento de que poderia o filiado escolher profissional conveniado, uma vez que a situação não admitia tal comportamento, não se podendo exigir que um pai pense antes nos termos do contrato, para só depois pensar na saúde de filho. 4) – É devido o reembolso integral

das despesas comprovadas pelo consumidor de plano de saúde quando comprovada a urgência dos procedimentos a serem realizados e a falta de profissional capacitado para realização da intervenção cirúrgica. 5) – Necessitando o segurado de cirurgia com a máxima urgência e não providenciando a seguradora de saúde os meios que ela se dê com a mesma urgência, causa ela dano moral. 6) - Necessária a alteração do valor da indenização por danos morais quando ela se mostra alta para ressarcir o dano, devendo guardar relação com sua finalidade reparatória e penalizante. 7) – Recurso conhecido e parcialmente provido. Preliminar rejeitada. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 21 out. 2011, DJ 08 nov. 2011 p. 116.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 544.587, 20080110999804APC. Ementa: MANUTENÇÃO INDEVIDA DO NOME EM CADASTRO DE INADIMPLENTES - DANO MORAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO - QUANTUM EXAGERADO - REDUÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1) – Comete dano moral, devendo indenizá-lo, aquele que inclui indevidamente nome de consumidor em cadastros de inadimplentes. 2) Para a fixação do quantum relativo aos danos morais, deve o juiz atentar-se para as circunstâncias da causa, ao grau de culpa do causador, às consequências do ato, às condições econômicas e financeiras das partes, objetivando compensar a vítima pelo sofrimento experimentado. 3 – Recurso conhecido e parcialmente provido. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 21 out. 2011, DJ 08 nov. 2011 p. 115.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 546.125, 20100111016653APC. Ementa: DIREITO CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – BLOQUEIO INJUSTIFICADO DE LINHA TELEFÔNICA – RECURSO DE AMBAS AS PARTES – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – INVIABILIDADE – CARÁTER PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO – MAJORAÇÃO – QUANTUM FIXADO DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. 01. Os critérios balizadores na fixação dos danos morais cabem ao juiz, atentando-se o julgador à capacidade econômica das partes, à extensão do dano e à intensidade da culpa. Assim, no que tange à insurgência da ré, quanto à redução do valor estipulado a título de danos morais, insta sublinhar que com observância ao princípio da proporcionalidade em que deve ater-se o magistrado, corretamente estipulou o MM. Juiz o valor da indenização. 02. Deve-se atentar para o caráter pedagógico da indenização dos danos morais, a fim de evitar que tais condutas se repitam com outros consumidores. 03. Em face da correção do valor fixado para a indenização de danos morais, inviável, de outro lado, a majoração conforme requerido pelo autor, que obedeceu aos prefalados critérios de razoabilidade e proporcionalidade. 04. Recursos desprovidos. Maioria. Relator Des. Luciano Vasconcellos, julgado em 19 out. 2011, DJ 7 nov. 2011 p. 321.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 546.962, 20060111231319APC. Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TRANSPORTE AÉREO – ATRASO NO VÔO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR –DANO MORAL - CARACTERIZADO - QUANTUM DA INDENIZAÇÃO CORRETO - SENTENÇA MANTIDA. 1) – Estabelece companhia

aérea com o seu passageiro relação de consumo, aplicando-se, no caso de reparação de danos, o Código de Defesa do Consumidor. 2) – Nas relações de consumo, a responsabilidade do fornecedor do produto ou do serviço é objetiva, logo prescinde do elemento subjetivo culpa. 3) – Caracterizado está o dano moral em face dos diversos problemas, desgastes e frustrações ocasionados com o atraso do voo de mais de 09(nove) horas. 4) – O valor arbitrado pelos danos morais deve obedecer os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, além de atender o caráter compensatório no tocante ao ofendido e a função punitiva e preventiva em relação à companhia aérea, e não precisa ser alterado quando obediente a estas diretrizes. 5) – Recurso conhecido e não provido. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 04 nov. 2011, DJ 14 nov. 2011 p. 135.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 551.368, 20090111821485APC. Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS CUMULADA COM DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. ENCERRAMENTO DE CONTA CORRENTE E ENVIO DE TALONÁRIO DE CHEQUES PARA ENDEREÇO DIVERSO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUES. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ÔNUS DA PROVA. VALOR INDENIZAÇÃO FIXADO COM MODERAÇÃO E EM OBSERVÂNCIA AO BINÔMIO PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. A responsabilidade das instituições financeiras pelos serviços prestados é objetiva (risco integral), conforme estatuído no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e art. 927 do Código Civil. 1.1 Doutrina. Rizzato Nunes: “O risco do prestador de serviço é mesmo integral, tanto que a lei não prevê como excludente do dever de indenizar o caso fortuito e a força maior”. “O que acontece é que o CDC, dando continuidade, de forma coerente, à normatização do princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, preferiu que toda a carga econômica advinda de defeito recaísse sobre o prestador de serviço”. “Na verdade o fundamento dessa ampla responsabilização é, em primeiro lugar, o princípio garantido na Carta Magna da liberdade de empreendimento, que acarreta direito legítimo ao lucro e responsabilidade integral pelo risco assumido”. 2. Ao não se desincumbir a instituição financeira do ônus de demonstrar que o talonário foi recebido pela correntista, ou que o mesmo foi enviado ao endereço por ela fornecido, conclui-se pela responsabilidade do banco pelos danos causados ao consumidor. 2.1. Cabível é a aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, por ser verossímil o fato relatado pela autora, invertendo-se o ônus da prova. 3. Em que pese o fato do encerramento de conta não elidir a responsabilidade da ex-correntista de pagar valor pendente, a ausência de demonstração de que o talonário de cheques foi enviado corretamente ao endereço da consumidora impõe o reconhecimento da responsabilidade da instituição financeira pela emissão dos cheques por terceiro. 4. A indevida inserção do nome do consumidor em cadastros restritivos de crédito autoriza, por si só, o reconhecimento do direito à indenização por dano moral, uma vez que viola direito à honra, na medida em que submete o consumidor à situação de constrangimento gerada a partir desse ato. 5. Reconhece-se como razoável e proporcional a quantia fixada pelo Juízo a quo, não se tratando de quantia ínfima e nem tampouco que venha a ensejar o enriquecimento sem justa causa da ofendida. 6. Recursos improvidos. Relator Des. João Egmont, julgado em 23 nov. 2011, DJ 30 nov. 2011 p. 189.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 553.223, 20100110646612APC. Ementa: CIVIL E PROCESSO CIVIL - FURTO DE VEÍCULO OCORRIDO NO ESTACIONAMENTO DE ÓRGÃO PÚBLICO EAPE - RECURSO DA RÉ – PRELIMINAR - ILEGITIMIDADE ATIVA – INOCORRÊNCIA - AUTORA QUE PEDE EM NOME PRÓPRIO – REJEIÇÃO – MÉRITO - REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – CABIMENTO - PROVA ACERCA DA PROPRIEDADE E VALOR DOS BENS FURTADOS - APELO DA AUTORA - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA. 01. É parte legítima a autora para pleitear em juízo a reparação dos danos sofridos, em face da ré, pois demonstrada, a priori, na petição inicial, que tais lhe advieram da relação jurídica havida entre as partes, sendo certo que não pleiteia direito alheio em seu nome, pelo que se deve rejeitar a preliminar. 02. Se a empresa de vigilância contratou com o órgão público o serviço de zelo e proteção dos automóveis estacionados no local destinado aos alunos do curso e havendo falha na prestação do serviço, com o conseqüente furto dos objetos no interior do veículo da autora no local, é ela responsável pela reparação dos danos materiais advindos. 03. Tendo a parte autora juntado à petição inicial descrição pormenorizada dos bens subtraídos, contendo valores razoáveis, tais devem ser considerados para efeito de indenização, ainda mais porque, embora pudesse, não fez a parte contrária pedido de produção de prova pericial a fim de contrapor os valores afirmados. Ademais, não se pode impor à parte que comprove a propriedade por documentos de todos os bens subtraídos, pois se trata de prova impossível ou diabólica, que impõe ônus desproporcional a quem alega, devendo-se aplicar as regras de experiência comum do julgador. 04. A ocorrência de furto de bens no interior do veículo dentro de estacionamento do órgão, vigiado pela ré, certamente gera aborrecimentos à autora, que se vê obrigada a readquiri-los e a consertar o veículo. No entanto, a recomposição dos prejuízos ocorre tão só com a indenização a título de danos materiais, não havendo lastro hábil a ensejar condenação por danos morais, em vista da não configuração de abalos na honra ou comoção psicológica considerável. 05. Rejeitada a preliminar. Apelos desprovidos. Unânime. Relator Des. Romeu Gonzaga Neiva, julgado em 30 nov. 2011, DJ 09 dez. 2011 p. 162.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 556.613, 20100110249938APC. Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — ILEGITIMIDADE PASSIVA – INEXISTÊNCIA – INCLUSÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO — CESSÃO DE CRÉDITO — RESPONSABILIDADE DO CESSIONÁRIO –VALOR DA CONDENAÇÃO MANTIDO. 1) - Não cabe se falar em ilegitimidade passiva se aquele que se diz ofendido atribui ao banco a inclusão do seu nome nos cadastros de inadimplentes, com disseminação de informações falsas e negativas sobre ele. 2) - A cessão de créditos declarados inexistentes por sentença transitada em julgado não desobriga a empresa cessionária a responder pelos atos ilícitos que ocasionem prejuízo a terceiro. 3) - Em se tratando de relação de consumo aplica-se a responsabilidade objetiva do artigo 14, §3º, II do Código de Defesa do Consumidor. 4) - A atitude culposa ou dolosa do causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e a conduta do agente, surge o dever de indenizar. 5) - A inscrição indevida no cadastro de órgãos de proteção ao crédito, por si só, gera a obrigação de reparar o dano moral, sendo ele presumido e decorre da anotação restritiva. 6) - Os danos morais devem

ser fixados de maneira ponderada, com equilíbrio, sendo capaz de reparar o dano sofrido, sem representar ganho sem causa, mantendo-se o quantum indenizatório quando obediente a estes critérios. 7) - Recursos conhecidos e não providos. Preliminar rejeitada. Sentença mantida. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 14 dez. 2011, DJ 10 jan. 2012 p. 128.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 556.617, 20060710254133APC. Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INTERNET – PROTESTOS E NEGATIVAÇÃO INDEVIDOS - DANO MORAL INCONTROVERSO - QUANTUM DA INDENIZAÇÃO – REDUÇÃO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CORRETA FIXAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1) – O valor arbitrado pelos danos morais, que restaram incontroversos, deve obedecer os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, além de atender o caráter compensatório no tocante ao ofendido e a função punitiva e preventiva em relação à instituição financeira, e deve ser reduzido quando se mostra excessivo. 2) – Os honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o total da condenação, obedecem aos parâmetros estabelecidos no artigo 20, § 3º, do Código Processual Civil. 3) – Recurso conhecido e parcialmente provido. Relator Des. Luciano Moreira Vasconcellos, julgado em 14 dez. 2011, DJ 10 jan. 2012 p. 119.

_____. TJDF. Quinta Turma Cível. Apelação Cível. Acórdão n. 557.265, 20080110194404APC. Ementa: DANOS MORAIS. NEGATIVAÇÃO DO NOME. SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ATO LESIVO. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOABILIDADE. PROPORCIONALIDADE. I – O quantum indenizatório deve ser fixado em conformidade com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando a intensidade do sofrimento do ofendido e a repercussão da ofensa, de forma a não constituir enriquecimento sem causa. II – Recurso desprovido. Unânime. Relator Des. Romeu Gonzaga Neiva, julgado em 7 dez. 2011, DJ 11 jan. 2012 p. 211.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6 ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2005.

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 3 ed. rev. e at. São Paulo: Saraiva: 2009.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11 ed. rev., at. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*.

Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Danos Morais e a Pessoa Jurídica*. São Paulo: Método, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev. at. e amp. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. CD-ROM.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral. Problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2 ed. rev., at. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2003.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 5 ed. at. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da Reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

THEODORO JR, Humberto. *Dano Moral*. 7 ed. at. e amp. Belo Horizonte: Del Rey e Juarez de Oliveira, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Consulta Jurisprudência. Brasília, 2012. Disponível em http://www.tjdft.jus.br/juris/juris_cons3.asp. Acesso entre 15 mar. 2012 e 20 jul. 2012.

ANEXO

DIREITO CIVIL – INDENIZAÇÃO – DANOS MORAIS – BLOQUEIO INJUSTIFICADO DE LINHA TELEFÔNICA – RECURSO DE AMBAS AS PARTES – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – INVIABILIDADE – CARÁTER PEDAGÓGICO DA INDENIZAÇÃO – MAJORAÇÃO – QUANTUM FIXADO DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.²³³

01. Os critérios balizadores na fixação dos danos morais cabem ao juiz, atentando-se o julgador à capacidade econômica das partes, à extensão do dano e à intensidade da culpa. Assim, no que tange à insurgência da ré, quanto à redução do valor estipulado a título de danos morais, insta sublinhar que com observância ao princípio da proporcionalidade em que deve ater-se o magistrado, corretamente estipulou o MM. Juiz o valor da indenização.

02. Deve-se atentar para o caráter pedagógico da indenização dos danos morais, a fim de evitar que tais condutas se repitam com outros consumidores.

03. Em face da correção do valor fixado para a indenização de danos morais, inviável, de outro lado, a majoração conforme requerido pelo autor, que obedeceu aos prefalados critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

04. Recursos desprovidos. Maioria.

VOTOS

O Senhor Desembargador Relator

Senhor Presidente, ouvi com atenção à sustentação, sempre parabenizo os advogados quando têm essa capacidade, ímpar, de rapidamente dizer o que há nos autos, a questão efetivamente é esta.

Conheço dos recursos.

Examino, em conjunto, os apelos interpostos por Cezar Roberto Bitencourt e a TIM Celular S/A.

A sentença merece parcial reparos.

Dou as razões para assim decidir.

A TIM Celular S/A foi condenada ao pagamento de R\$10.000,00 (dez mil reais) por incontroversos danos morais causados ao autor, o qual teve sua linha de celular injustificadamente bloqueada por mais de 100(cem) dias.

O autor alega que na fixação da quantia não se considerou a gravidade da lesão provocada e a peculiaridade de sua situação, fatores que culminam no não atingimento da finalidade didático-pedagógica de desestimular a reiteração da conduta lesiva.

Afirma que, por ser reconhecido professor, advogado militante e palestrante

²³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível. Acórdão n. 546125, 20100111016653APC, 5ª Turma Cível, Relator Luciano Vasconcellos, julgado em 19 out. 2011, DJ 7 nov. 2011 p. 321.

em todo o país e no exterior, viaja constantemente e seu único meio de contato era o celular, motivos pelos quais sofreu grandes prejuízos com o ocorrido.

Já a TIM Celular S/A entende que a importância arbitrada é excessiva e incompatível com situações similares, acrescentando que a condição do consumidor não deve ser levada em conta isoladamente, porque só assim entende haver possibilidade de ser obedecido o princípio da proporcionalidade.

O valor fixado, R\$10.000,00(dez mil reais) não se mostra razoável.

Evidente que o abalo moral não tem preço.

Não é fácil encontrar o equilíbrio para o seu justo ressarcimento, tanto é que os doutrinadores pátrios têm-se debruçado sobre o tema e na jurisprudência pátria se observam posicionamentos variados quando o assunto é valorar o comportamento danoso.

Rui Stoco ensina o seguinte:

“Por fim, cabe esclarecer que a indenização seja para reparar o dano patrimonial, seja para compensar o dano moral – deve ser fiada com equilíbrio do Juiz, dentro das margens estabelecidas na legislação, quando houver.

Em não havendo legislação específica ou limites mínimo e máximo, caberá ao julgador valer-se da analogia e dos princípios gerais do Direito, sendo dispõe o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

(...)

Em resumo, cabe ao prudente arbítrio do julgador e à força criativa da doutrina e da jurisprudência a instituição de critérios e parâmetros para a fixação do quantum nas indenizações por dano patrimonial e extrapatrimonial (moral), seja livremente, quando não houver estabelecimento prévio na legislação de regência, seja dentre as margens por ela estabelecidas.

Mas algumas regras podem ser, *a priori*, estabelecidas:

a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;

b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;

c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;

d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

e) deverá o julgador fixá-la buscando, através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação socioeconômica de ambos;

f) na indenização por dano moral o preço de “afeição” não pode superar o preço de mercado da própria coisa;

g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;

h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá tem em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.”

(*Tratado de Responsabilidade Civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. 5ª ed., São Paulo, Revista*

dos Tribunais, 2001, pp. 1.029/30)

A matéria tem sido assim tratada no Superior Tribunal de Justiça:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE FATAL. QUEDA DE COMPOSIÇÃO FERROVIÁRIA. VALORAÇÃO DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ART. 333 DO CPC. SÚMULA 7/STJ. REGRAS DE EXPERIÊNCIA. ART. 335 DO CPC. DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO VALOR ATRIBUÍDO A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPOSTOS. POSSIBILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 21 DO CPC.

1. Inexiste erro na valoração que, dentro dos critérios legais e com fundamento no princípio do livre convencimento, leva em consideração as provas que o julgador considera mais enfáticas e relevantes para o deslinde do feito.

2. As regras de experiência de que trata o art. 335 do CPC não permitem a ilação de que a abertura da porta de um vagão de trem em movimento é ordinariamente causada pela imprudência das próprias vítimas.

3. A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição dos prejuízos emocionais e a vedação ao enriquecimento ilícito.

4. Na distribuição dos ônus da sucumbência, considera-se o número de pedidos formulados e o número de pedidos efetivamente julgados procedentes ao final da demanda. Precedentes.

5. Recurso especial de FRANCISCO SACRAMENTO MENDES parcialmente provido.”

(REsp 1119933/RJ, Terceira Turma, Relª Minª NANCY ANDRIGHI, julgado em 01/03/2011, disponibilizado no DJ-e de 21/06/2011).

“RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE EM PLATAFORMA DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO - MORTE DE FILHO - DANOS MORAIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - NÚMERO DE LESADOS - RAZOABILIDADE - RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. Aos parâmetros usualmente considerados à aferição do excesso ou irrisão no arbitramento do *quantum* indenizatório de danos morais - gravidade e repercussão da lesão, grau de culpa do ofensor, nível socioeconômico das partes -, perfaz-se imprescindível somar a quantidade de integrantes do pólo proponente da lide. A observância da equidade, das regras de experiência e bom senso, e dos princípios da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade quando da fixação da reparação de danos morais não se coaduna com o desprezo do número de lesados pela morte de parente.

(...)

3. Recurso Especial não conhecido.”

(REsp 745.710/RJ, Quarta Turma, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Rel. p/ Acórdão Min. JORGE SCARTEZZINI, julgado em 05/12/2006, DJ 09/04/2007, p. 254).

“ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE – CIVIL – DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO.

1. O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a

dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir.

2. Posição jurisprudencial que contorna o óbice da Súmula 7/STJ, pela valoração jurídica da prova.

3. Fixação de valor que não observa regra fixa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais.”

(REsp 604801/RS, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, julgado em 23/03/2004, publicado no DJ de 07/03/2005, p. 214).

Eis como tem se posicionado este Tribunal:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL. REJEIÇÃO. PETIÇÃO INSTRUÍDA COM DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INSTITUIÇÕES DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE. ASTREINTES. VALOR ADEQUADO. SENTENÇA MANTIDA.

(...)

3 - A indenização por dano moral deve ser fixada mediante prudente arbítrio do magistrado, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, observados o grau de culpa, a extensão do dano experimentado, a expressividade da relação jurídica originária, bem como a finalidade compensatória; ao mesmo tempo, o valor não pode ensejar enriquecimento sem causa, nem pode ser ínfimo a ponto de não coibir a reiteração da conduta.

(...)

Apelações cíveis desprovidas.”

(2005 01 1 117056-4 APC - 0063512-12.2005.807.0001 (Res.65 - CNJ) DF, Registro do Acórdão Número : 486480, 5ª Turma Cível, Rel. Des. ANGELO PASSARELI, julgado em 02/03/2011, disponibilizado no DJ-e de 11/03/2011, p. 125).

“DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ENCARGOS BANCÁRIOS. CONTA ENCERRADA. COBRANÇA INDEVIDA.

1. Independentemente de culpa, responde o fornecedor de serviços pelos danos causados ao cliente (artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor). Basta a demonstração do nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano experimentado pela parte ex adversa.

(...)

3. Na fixação do dano moral, o julgador detém ampla discricionariedade para sopesar a dor exposta pelo polo ofendido, proporcionando-lhe uma compensação por meio de valoração pecuniária, a qual deve levar em consideração o potencial econômico e social da parte ofensora, bem como as circunstâncias e a extensão do evento danoso e seu caráter educativo. A quantia sugerida inicialmente pela parte autora não é vinculante, mas meramente estimativa e o referido quantum não pode servir de fonte de enriquecimento indevido.

4. Recursos conhecidos, e não providos. Unânime.”

(2009 01 1 116648-4 APC - 0073475-05.2009.807.0001 (Res.65 - CNJ) DF, Registro do Acórdão Número : 504465, 2ª Turma Cível, WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, julgado em 11/05/2011, disponibilizado no DJ-e de 17/05/2011, p. 88).

Portanto, o valor indenizatório deve se ater aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como à situação específica do ofensor e do ofendido, de modo a se atender o caráter compensatório, pedagógico e punitivo da condenação, sem gerar enriquecimento sem causa a quem sofreu a lesão, mas também que não se torne um incentivo à prática ilícita.

A razoabilidade, a proporcionalidade, não podem deixar de estar presentes quando se faz a fixação, porque se assim não fosse, se poderia estar criando situação desequilibrada, ao se dar mesmo valor, em situações que não são iguais, como o de morte, ofensa moral pública, de indevida cobrança ou de má prestação de serviços.

No presente caso, há que se levar em conta que o autor da ação, Cezar Roberto Bitencourt, é renomado e requisitado conferencista e doutrinador, tendo comprovado as inúmeras ligações feitas e recebidas do celular do qual acabou sendo privado por mais de 100 (cem) dias, bem como seus constantes compromissos e viagens por todo o País e o exterior (fls. 36/67 e 70/76), circunstâncias que, sem dúvida, revelam ter sido ele, consumidor, bastante prejudicado em seu labor com o ocorrido, mas não se podendo perder de vista que não é crível que não tenha tido ele outros meios de comunicação, havendo mesmo a possibilidade que tivesse ele mais de um celular, acesso à internet portátil, entre outros meios.

Nesse contexto, penso que a quantia de R\$5.000,00(cinco mil reais) atende o caráter compensatório no tocante ao ofendido, mas também tem função punitiva e preventiva em face da TIM Celular S/A, de forma a instigá-la a evitar outras situações semelhantes.

Por esses motivos, VOTO no sentido NEGAR PROVIMENTO ao recurso do autor e DAR PROVIMENTO ao recurso da TIM Celular S/A para diminuir a indenização de R\$10.000,00 (dez mil reais) para R\$5.000,00 (cinco mil reais)

Este o meu voto.

O Senhor Desembargador 1º Vogal

Também quero cumprimentar o eminente advogado, prestei atenção no seu pronunciamento.

A questão é bastante simplória, apenas quanto ao valor da indenização divirjo do eminente Relator e explico o porquê. Concordo, plenamente, com S. Ex.^a – durante a sustentação oral estava imaginando –, é claro, que o eminente professor se muniu, nem que fosse por empréstimo, de um outro telefone. Tenho dificuldade em fazer a minoração que o eminente Relator está fazendo, por um único aspecto: Da tribuna, o ilustre advogado fez referência a um reiterado descumprimento de uma decisão judicial. Embora o nobre causídico tenha dito que não crê no efeito pedagógico, em face de ser uma empresa do porte da TIM, mas, acho, deveríamos insistir nessa particularidade das decisões de dano moral para que os seus efeitos sejam notórios, não só para a parte dos autos mas para qualquer um.

Penso que o simples fato de uma empresa desse porte não se submeter, imediatamente, a uma decisão judicial, como é de acontecer a qualquer um de nós que vivemos em um estado democrático de direito, é grave, muito mais grave do que a empresa proporcionou à parte ex-adversa, o autor.

Com essas considerações, peço vênias ao eminente Relator, mas divirjo de S. Ex.^a. Nego provimento a ambos os recursos, mantendo a indenização fixada.

O Senhor Desembargador Presidente e 2º Vogal

Pedindo vênua ao eminente Relator, acompanhamento o 1º Vogal.

D E C I S Ã O

Recursos conhecidos. Negou-se provimento, por maioria, vencido o Relator, que dava provimento ao recurso de TIM Celular. Redigirá o acórdão o 1º Vogal.